Die Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen

nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuche.

Der juristischen Fakultät der Universität Rostock
∴ vorgelegt zur Erlangung der Doktorwürde ∴

ACAD. LUGD BAT. BIBL.

von

ROLAND PATOW,
Referendar in Cuxhaven.

Meinen Eltern und meinen Gönnern.

Referent:

Herr Professor Dr. Matthiass.

Litteraturverzeichnis.

Arndts, Pandekten, 7. Aufl. 1872.
Brinx, Pandekten, 2. Aufl. 1879.
Bourwieg, Über die Compensation verjährter Forderungen. Diss. Berlin 1888.
Breit, Mehrheit kompensabler Forderungen, Sächs. Arch. f. bürg. Recht. Bd. 10, S. 121 ff.
Bendix, Das deutsche Privatrecht. 1899.
Crome, System des B. G. B. 1902.
Danz, Der Aufrechnungsvertrag über Börsentermingeschäfte.
Deichmann, Zur Lehre von der Compensation bei einer Mehrheit von Forderungen in Gruchots Beiträgen, Bd. 42, S. 257 ff, 562 ff.
Dernburg, Pandekten. 1900.
— Bürgerliches Recht. 3. Aufl. 1906.
— Geschichte und Theorie der Compensation. 2. Aufl. 1868.
Doesseler, Anrechnung einer Leistung auf mehrere Schuldposten. Diss. Rostock.
Ehrlicher, Die Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen nach gemeinem Recht und B. G. B. Diss. Rostock. 1907.
Eisele, Die Compensation 1876.
Endemann, Das deutsche Handelsrecht 3. Aufl. 1876.
— Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 8. Aufl. Bd. 1.
Eccius, Zur Lehre von der Zurückweisung von Teilzahlungen, Gr. Beitr. 49, 469.
Enneccerus-Lehmann, bürgerl. Recht. 2. Aufl. 1901.
Förtsch, im Sächs. Archiv. Bd. 7.
Fastenau, Die Schuldtilgung bei Mehrheit von Forderungen des Gläubigers gegen denselben Schuldner. Diss. Leipzig. 1903.
Francke, im d. Recht. Bd. 6, S. 318.
Fuhr, Zur Lehre von der Kompensation, im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft, I., S. 121.
Gerber, Das Kontokorrentverhältnis.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1901.
Goldschmidt, Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung. Sonderabdruck aus dem Archiv f. bürgerl. Recht. Bd. 15. 1899.
Haidlen, Das bürgerl. Gesetzbuch.
Hartlaub, Der Solutionsgedanke bei der Kompensation. Diss. Freiburg. 1902.
Henrici, in Iherings Jahrbuch, Bd. 32.
Hertzberg, v., Die Aufrechnung des B. G. B., ein merum ius compensationis. Diss. Erlangen. 1898.
Jung, Anrechnung einer Zahlung des Schuldners auf mehrere Geldschulden nach gemeinem Rechte. Diss. Rostock. 1894.
Kaiser, Die replicatio compensationis nach Gemeinem Zivilrecht. Diss. Halle. 1894
Kanold, Beiträge zur Lehre von der Aufrechnung. Diss. Berlin. 1888.
Keller, v., Pandekten, Leipzig, 1861.
Kohler, Die Aufrechnung nach dem B. G. B. Zeitschrift für Zivilprozess. 24. 1898.
Krug, Die Lehre von der Kompensation 1833.
Kretschmar, Secum pensare. Giessen 1886.
Kretschmar, P., Die Erfüllung. 1906. Bd. 1.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. 1899.
— Das B G. B. 2. Aufl.
Küntzel, in Gruchots Beiträgen. Bd. 40.
Lang, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht. Seine Erweiterungen und seine Beschränkungen im Konkurse des Schuldners, München 1906.
Leonhard, Die Aufrechnung. Göttingen 1896.
— im Archiv für bürg. Recht. Bd. 21.
Leyser, Meditationes.
Liebknecht, Compensationsvollzug und Compensationsvorbringen. Diss. Würzburg 1897.

Lippmann, Zur Lehre von der Compensation nach dem Entwurfe des B. G. B., in Iherings Jahrbuch Bd. 32.
— Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung, ebenda Bd. 43, S. 435 ff.
Meyer, Bedeutung und Charakter der Compensationserklärung. Diss. Erlangen. 1895.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechtes. 3. Aufl. 1900.
Meissner, Recht der Schuldverhältnisse. 1898.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechtes. Bd. 1—6.
Nolte, Das Wesen der Aufrechnung. Diss. Rostock. 1907.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. I.
Ohnsorge, Zur Lehre von der Aufrechnung, Iherings Jahrbuch Bd. 20. S. 285 ff.
Ossig, Auf welche von mehreren Forderungen ist eine Zahlung anzurechnen? Diss. Greifswald. 1897.
Planck, Commentar zum B. G. B. 3 Aufl. Bd. 2.
Rehbein, Commentar zum B. G. B. 1 und 2. 1902.
Schade, W., Über den Aufrechnungsvertrag. Diss. 1904.
Schlichting, Die Aufrechnung nach dem B. G. B. Rostock. 1901.
Schwanert, Die Compensation nach röm. Recht. Festschrift 1870.
Schoemann, Das pactum de compensando. Diss. Erlangen. 1897.
Scheurl, Beiträge I, 1853, S. 149 ff.
Schwengler, Die Compensation durch Vertrag. Diss. Halle. 1897.
Siber, Compensation und Aufrechnung. 1899.
Siebenhaar, in der Zeitschrift f. Rechtspflege 38.
Seeler, v., Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen nach B. G. B., Kohlers Archiv, 1899.
Schollmeyer, R. d. Schuldverhältnisse. 1900.
Sintenis, Civilrecht. 3. Aufl. Bd. 2.
Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. 4. Aufl. 1908.
Sontag, Die Aufrechnung auf eine Forderung, die aus Hauptleistung, Zinsen und Kosten besteht. Arch. f. bürg. Recht 21, Seite 10 ff.
Staudinger, Kommentar zum B. G. B. 3. u. 4. Aufl.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse. 1897.
Theusner, Der Contocorrentvertrag. Diss. Halle. 1901.
Thöl, Handelsrecht. 5. Aufl. 1875.
Türcke, Niedenführ und Winter. Das bürgerliche Recht. 1904.
Ubbelohde, Ipso iure compensatur. 1858.
Vangerow, Pandekten. 7. Aufl.
Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. Hannover. 1904.
Weismann, in Zeitschr. f. Zivilproz. Bd. 26. Aufrechnung nach dem B. G. B.
Wiegand, Die Verrechnung von Zahlungen nach gem. Recht.
Windscheid, Pandekten. 3. Aufl. u. *W. Kipp*, 8. Aufl.

Ferner:

Corpus iuris civilis, *Kriebel* 1872.
Juristische Wochenschrift.
Bolze, Praxis des R. G.
Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege in Oldenburg, Bd. 19.
Kritische Vierteljahrsschrift. Bd. 15.
Hoffmann, Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart.
Entwürfe zum B. G. B. 1 u. 2.
Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des B. G. B.
Entwürfe, Hessischer, Bayrischer, Dresdener; Schweiz. Bundes-Gesetz.
Striethorst, Achiv Bd. 61.
Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch.
Entscheidungen:
des R. G. in Zivilsachen.
des R. Ober-Handelsgerichtes.
der Oberlandesgerichte, des Oberappellationsgerichtes Lübeck.
Gr. Hess. O.-Appel.-Gericht.

Disposition.

§ 1. Einleitung.

I. Hauptteil.

1. Kapitel. Die vertragsmässige Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen nach Gemeinem Rechte und dem B. G. B.

§ 2. Allgemeines.

§ 3. Contocorrent und Skontration.

II. Hauptteil. Gemeines Recht.

2. Kapitel. Das Wahlrecht bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen nach gemeinem Rechte.

§ 4. Begriff des „mehrfachen Schuldners".

§ 5. „Ipso iure compensatur" nach den Quellen.

§ 6. Die älteren oder absoluten Theorien.

§ 7. Kritik der absoluten Theorien und Resultate.

§ 8. Die neueren Theorien. Darstellung und Kritik.

3. Kapitel. Compensatio compensationis.

§ 9. Die compensatio compensationis (replica compensationis) des Gemeinen Rechtes.

§ 10. Die Ausnahmen des Gemeinen Rechtes von dem Satze: compensatio compensationis non datur.

4. Kapitel.

§ 11. Eine Aufrechnungsskala im Gemeinen Rechte.

§ 12. Behandlung von Kosten und Zinsen.

§ 13. Aufrechnung mit Forderungen Dritter.

§ 14. Aufrechnung und Teilforderung.

III. Hauptteil. Bürgerliches Recht.

5. Kapitel.

§ 15. Sind die Bestimmungen des B. G. B. über Tilgung durch Zahlung und durch Compensation bei unzureichender Leistung kongruent?

6. Kapitel. Das Wesen der Aufrechnungserklärung und des Widerspruchsrechtes nach § 396 B. G. B.

§ 16. Das Wesen der Aufrechnungserklärung nach § 396 B. G. B.

§ 17. Allgemeines über das Widerspruchsrecht.

7. Kapitel.

§ 18. Hat der mehrfache Schuldner ein Widerspruchsrecht? Die Aufrechnungserklärung ohne Anrechnungsbestimmung.

8. Kapitel.

§ 19 Der Widerspruch ist keine compensatio compensationis. Gibt es sonst compensationes compensationis nach neuem Rechte?

9. Kapitel.

§ 20. Die Aufrechnung bei Forderungen mit Hauptleistungen, Zinsen und Kosten.

10. Kapitel.

§ 21. Aufrechnung und Zahlung (Erfüllung). —

11. Kapitel.

§ 22. Die Stellung Dritter bei der Aufrechnung nach § 396 B. G. B.

§ 23. Aufrechnung und Teilforderung nach § 396 B. G. B.

Einleitung.

§ 1.

Über die Frage der Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen schweigen die Quellen des gemeinen Rechtes fast vollständig. Wer hat im Falle der Concurrenz mehrerer Forderungen das Wahlrecht? Wie soll die Compensation durchgeführt werden, d. h., welche von den zur Verfügung stehenden Forderungen soll einen gesetzlichen Schutz und Vorrang geniessen, respektive soll dieses überhaupt geschehen, ist eine compensatio compensationis statthaft? Wie weit und unter welchen Formen und Bedingungen ist eine vertragsmässige Aufrechnung möglich? Alle diese praktisch folgeschweren und wichtigen Fragen sind oftmals erörtert und oftmals beantwortet worden, ohne dass man sich jemals bei den gewonnenen oder meistenteils mehr proklamierten Resultaten beruhigt hätte. Endlich hat nun das Bürgerliche Gesetzbuch hier einen festen Grund geschaffen und hat dem ewigen Hin und Her des Streites durch ein energisches sic esto ein Ende gemacht.

Freilich, die alten Streitfragen sind zum grössten Teile gegenstandslos geworden, aber neue drängen sich heran und harren ihrer Entscheidung.

Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es nun sein, zunächst ein Bild zu entrollen von dem „Gewoge des Kampfes" im gemeinen Rechte, und sodann zu prüfen, ob uns das Bürgerliche Gesetzbuch ein Stück Weges weiter gebracht hat.

Das Thema: „Die Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen nach Gemeinem Rechte und Bürgerlichem Gesetzbuche" sei nun zunächst nach mehreren Richtungen hin eingeschränkt.

1. Die Fragen über die Aufrechnung mit Forderungen Dritter und über die Aufrechnung gegen Teilforderungen grenzen hart an unser Thema heran, ja sie greifen wohl gar — je nach Auslegung — in unser Thema herüber, sie liegen aber doch den Kernpunkten unseres Themas soweit entfernt und sind für sich selbst Gegenstand derartig weitführender Controversen geworden, dass eine ausführliche Behandlung im Rahmen unseres Themas ausgeschlossen ist. Wo wir an die Berührungsgrenze mit diesen Fragen kommen werden, sind dieselben kurz gestreift und Literaturnachweise gegeben.

2. Die praktisch wichtige Frage der Beweislast ist ebenfalls nur gelegentlich kurz erwähnt. Für das Gemeine Recht hat sie wohl keine Bedeutung mehr, selbst wissenschaftlich nicht. Für das Bürgerliche Gesetzbuch sei auf die im grossen und ganzen zutreffenden Ausführungen von Goldschmidt a. a. O. § 8 verwiesen. Von näheren Ausführungen ist abgesehen, weil die vorliegende Arbeit als Dissertation sich nur die Darstellung der

rein theoretisch-dogmatischen Seite des Thema's zum Gegenstande genommen hat.

3. Aus fortlaufender Parallelisierung der Aufrechnung mit der Erfüllung bis ins einzelne sowohl im Gemeinen Rechte, falls man die Parallelisierung hier als überhaupt gestattet annimmt, wie im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches lassen sich auch für unsere Spezialfragen wertvolle Resultate finden. Eine derartige Arbeit würde jedoch rein kasuistisch sein; somit muss es genügen, dort, wo die Parallele mit der Erfüllung resp. solutio gegeben ist, dieses festzustellen, sodann abzuschneiden und das weitere der im Einzelfalle gegebenen Forschung zu überlassen. Für das Gebiet des Gemeinen Rechts sei dazu verwiesen auf die vielen, teilweise sehr wertvollen Dissertationen über das Thema der Verrechnung von Forderungen, von denen auch für die vorliegende Arbeit eine Reihe (cf. Litteraturverzeichnis) herangezogen worden ist. Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist aus der Erwägung heraus, dass nunmehr im jungen Gesetze der Parallelismus zwischen Erfüllung und Aufrechnung ein Feststehendes ist, an dem wir nicht mehr rütteln können, für einige wichtige Einzelfälle, in welchen Rechtssprechung oder Wissenschaft in den letzten Jahren bezüglich der Erfüllung ihr Wort abgegeben hat, der Betonung halber in dem Kapitel „Erfüllung und Aufrechnung" die Parallele gezogen.

4. Bis auf die Frage über die vertragsmässige Aufrechnung nach Gemeinem Rechte und Bürgerlichem Gesetzbuche, sind die vorliegenden Fragen für Gemeines Recht und Bürgerliches Gesetzbuch, soweit nur irgend angängig, streng getrennt gehalten worden.

Im übrigen erhellt der Gedankengang der Arbeit zur Genüge aus der beigegebenen Disposition

I. Hauptteil.

1. Kapitel.

Die vertragsmässige Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen nach Gemeinem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 2.

Allgemeines.

Dass auch durch Vertrag kompensirt werden kann, darüber ist man sich durchgängig einig gewesen.[1]) Die rechtliche Natur eines Kompensationsvertrages ist freilich sehr bestritten.[2]) Die Quellen versagen hier fast vollständig, ebenso wie ja auch das Bürgerliche Gesetzbuch über die Aufrechnung durch Vertrag kein Wort verliert, vermutlich, weil es ihr nur eine nebensächliche Bedeutung beimisst und, was den Vertrag als solchen anbetrifft, seine sonstigen Kundgebungen auch hier für ausreichend hält. Gerade aber bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen, sei es auf nur einer oder sei es auf beiden Seiten wird die vertragsmässige Kompensation häufiger in die Erscheinung treten als die einseitige Aufrechnung, sei sie nun gerichtlich oder aussergerichtlich. Ist dieses auch heute immer praktisch, so war es das umsomehr unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes, da sich dort, wie wir in den folgenden Kapiteln des weiteren sehen werden, über die einseitige, wenigstens gerichtliche Kompensation eine Verständigung niemals hat erzielen lassen und gerade bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen Streitigkeiten vorzüglich über das Wahlrecht selten werden zu vermeiden gewesen sein.

Wie durch Parteiwillen im Aufrechnungsvertrage die Aufrechnungsbedingungen von denen der einseitigen, sei es nun gerichtlichen oder aussergerichtlichen Aufrechnung abweichen können, ob dem Aufrechnungsvertrage ein weiteres Gebiet zur Verfügung steht oder nicht, diese Fragen kommen hier nicht in Betracht.[3]) Die folgenden Ausführungen verstehen sich selbst-

---

[1]) Vergl. jedoch: Liebknecht, Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen. Diss. Würzburg 1897, S. 9. Bei Liebknecht sehr ergiebige Litteraturnachweise, cf. S. 4. ff. Ebenso Siber, Kompensation und Aufrechnung 1899, S. 51. Anderer Meinung Leonhardt, S. 12, 19. Über Geschichte des Aufrechnungsvertrages vergl. Schade, S. 17 ff.

[2]) Vergl. z. B. Windscheid (in alten Auflagen — weil seine Meinung für G. R.) II. § 351, Anmerkung 3, sowie die ausführliche Darstellung bei Eisele a. a. O., S. 229—248. — Schade, Seite 27 ff.

[3]) Vergl. darüber z. B. Schade, Aufrechnungsvertrag, Seite 46, ff.

verständlich unter der Bedingung ceteris paribus.[1]) Hier sei nur darauf hingewiesen, dass eine compensatio voluntaria — wie man neuerdings den Aufrechnungsvertrag nennt[2]) — formlos geschlossen werden kann.[3]) Es handelt sich in einem solchen Falle um einen „einheitlichen, synallagmatischen Vertrag", bei dem freilich die „synallagmatische Abhängigkeit nur obligatorische Wirkung hat, sodass z. B. bei Ungültigkeit der einen Forderung der Vertrag doch gültig bleibt."[4])

I. Eine vertragsmässige Aufrechung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen kann sich zunächst, weil sie einen Befriedigungsvertrag darstellt, als gegenseitiger Erlassvertrag charakterisieren. Sie kann dieses sein, ob sie es sein muss, ist eine andere Frage, die über den Rahmen dieser Arbeit hinausgeht.[5]) Vergl. Schade S. 31. Hier sind natürlich der Parteiwillkür keinerlei Schranken gesetzt.[6])

II. Nimmt man für das Gemeine Recht, was ja allerdings nicht bestritten worden ist, die Möglichkeit einer einseitigen Aufrechnung an, wie sie auch das Bürgerliche Gesetzbuch angenommen hat, so kann es im einzelnen Falle fraglich sein, ob man es nun mit einer einseitigen Aufrechnungserklärung oder mit der Offerte[7]) zu einem Aufrechnungsvertrage zu tun habe.

[1]) Dem Aufrechnungsvertrage an sich sind meiner Ansicht nach keine für die einseitige Aufrechnung massgebende Schranken gesetzt. Natürlich können, etwa durch gewerbliche Vorschriften Einschränkungen gegeben sein. cf. für Litteratur: Neumann II. Seite 244. — Man ist sich jedoch schon hier nicht einig; so ist nach Schwengler, Kompensation durch Vertrag, Diss. Halle 1897 — Brinz der Ansicht, dass Gleichartigkeit der Forderungen nicht erforderlich sei (dagegen Schwengler S. 37). Dernburg will sogar (sehr bedenklich) vom Erfordernisse der Gegenseitigkeit absehen; vergl. dazu R. G. in Zivils. Bd. 6, S. 255, Bd. 38, Seite 240. Gegen Dernburg Schwengler a. a. O., S. 38, f. Schlichting, Diss. Rostock 1901, der hier vertretenen Meinung, S. 79. Dass im Falle der nichtvertraglichen Aufrechnung auch bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen jede einzelne der zur Compensation gestellten Forderungen alle Voraussetzungen der einfachen Compensation erfüllen muss, sei hier als selbstverständlich ein für alle Mal bemerkt.

[2]) cf. Schwengler Diss. a. a. O.

[3]) Nach röm. Recht in Gestalt eines formlosen pactum. cf. Schwengler, Seite 41.

[4]) So Leonhard im Archiv für bürgerl. Recht 21, S. 175, ff. Endemann I, Stammler a. a. O., S. 241. Dazu Weigelin, S. 124, Nr. 2 a. a. O., der meint, dass hier § 812 B. G. B. eingreift (Ungerechtfertigte Bereicherung.) Ebenso im Resultat Schlichting a. a. O., S. 80. Siber a. a. O. S. 144, Das Reichsgericht steht nach J. W. 03 Beil. 35 (vergl. 46) — R. G. 38, S. 240, sogar auf dem Standpunkte, dass durch Kompensationsvertrag auch Forderungen aus Differenzgeschäften wirksam getilgt werden. Matthiass I, S. 437 bezeichnet einen derartigen Vertrag als „Anrechnungsvertrag". Es wäre besser, diesen Ausdruck zu vermeiden, weil man mit Anrechnungsbestimmung die Bestimmung derjenigen Forderung bezeichnet, gegen welche aufgerechnet werden soll. — cf. S. 106. — Der Ausdruck Anrechnung hat stets etwas einseitiges.

[5]) Man hat den Vertrag auch direkt als solutio oder wenigstens datio in solutum ausgelegt. Cf. Schwengler a. a. O. Krug S. 9: „Gegenseitige Verzichtleistung." (?)

[6]) Cf. § 3 bez. Contocorrentvertrag.

[7]) Dernburg, Bürg. Recht, 2. Aufl. S. 294 spricht hier für jeden Fall von einem Antrage zu einer Einigung, der die Eigentümlichkeit habe, dass er als angenommen gelte, wenn der andere Teil nicht unverzüglich widerspreche. cf dazu nächste Anm.

Antwortet in einem solchen Falle der Gegner nicht, weil er in einem ihm etwa zugegangenen Schreiben eine Offerte, keine Aufrechnungserklärung sieht (cf. § 396 B. G. B.) so kommt seiner Meinung nach, weil kein Vertrag, überhaupt nichts zu Stande. Antwortet er ablehnend, sieht aber wiederum in jenem Brief eine Offerte, so ist seiner Ansicht nach gleichfalls keinerlei Aufrechnung vollzogen worden.

Nun hat aber der Briefschreiber A eine Aufrechnungserklärung abgeben wollen, wird also im ersteren Falle, weil nicht unverzüglich widersprochen worden ist (§ 396, Abs. 1, B. G. B.) auf seiner Aufrechnung bestehen, im zweiten Falle wird A der Meinung sein, dass die Aufrechnung nun in gesetzmässiger Weise vor sich gegangen sei (B. G. B. § 366, Abs. 2), während dieser Ausgang B vielleicht gar nicht einmal genehm ist.

Umgekehrt: A sieht in seinem Briefe eine Offerte, B eine Aufrechnungserklärung. Antwortet er nicht, so wird A der Meinung sein, ein Aufrechnungsvertrag sei nicht zu Stande gekommen. B dagegen wird glauben, dass die Aufrechnung in der von A erklärten Weise vor sich gegangen sei. Antwortet er ablehnend, so wird er nun wiederum meinen, die Aufrechnung sei kraft seines Widerspruches in der gesetzlichen Reihenfolge geschehen, A jedoch denken, ein Aufrechnungsvertrag sei gescheitert.

Hier wird zunächst lediglich nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden sein. Im übrigen wird man wohl zu der Überzeugung gelangen, dass im Zweifel eine Aufrechnungserklärung vorliegt, und zwar aus folgendem Grunde:

Das Gesetz zieht die einseitige Aufrechnung durch Erklärung als das normale vor; es sieht in einer vertraglichen Aufrechnung eine Ausnahme oder eine Abweichung von dem regulären Falle. Wo aber eine ausnahmsweise Behandlung vorgenommen werden soll, kann die Rechtsprechung verlangen, dass ihr Gewolltsein klar und präzise zum Ausdrucke gelangt; anderenfalls kann sie vor dem Gesetze nicht berücksichtigt werden.[1])

Im Zweifel liegt also eine Aufrechnungserklärung, keine Vertragsofferte vor. Ob freilich dann immer beide Teile zu ihrem Rechte kommen, ist eine andere Frage. In der Praxis wird es sich deshalb stets empfehlen, bei unliebsamer Aufrechnung (mag sie nun den Anschein von Offerte oder Erklärung erwecken) zu widersprechen.

III. Sehr oft findet man unter der Rubrik der vertragsmässigen Aufrechnung als einen Fall derselben auch aufgeführt das pactum de non compensando, vergl. z. B. Schlichting a. a. O. S. 80. Mag dieses auch nur der Bequemlichkeit halber geschehen, so ist es doch deswegen nicht minder falsch. Ein pactum de

[1]) Staudinger a. a. O., Bd. II, Seite 336, will in der Aufrechnungserklärung stets einen Antrag zu einem Aufrechnungsvertrag sehen und behandelt damit die Aufrechnungserklärung nicht mehr als einseitiges Rechtsgeschäft. — Das ist nicht der Standpunkt des Gesetzes, denn ein Widerspruch gegen eine Offerte ist ein Unding. Anders bei der „Ablehnung" nach Abs. 2 cf. XI Kapitel dieser Arbeit. — Oertmann a. a. O. S. 262 unter b.

non compensando ist kein Aufrechnungsvertrag, es ist gerade das absolute Gegenteil von einem solchen. Mit demselben Rechte könnte man einen Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, sein Haus nicht zu verkaufen, einen Kaufvertrag nennen. Hier hat dieser Vertrag daher jedenfalls keine Stelle,[1]) er wird uns jedoch auf anderen Wegen als eventuelle Begründung einer Einrede (replica compensationis?) wiederbegegnen. Ebensowenig ist hier zu handeln von dem pactum de compensando, dem Vorvertrage zur vertragsmässigen Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen; die Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen im Vertrage oder kraft des Vertrages beim Kontokorrentverhältnis und bei der Skontration wird uns im § 3 beschäftigen.

§ 3.

Contocorrent und Skontration.

Hier ist nun die Frage zu erörtern, wie die Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen vor sich geht, wenn Verträge über die Aufrechnung vorangegangen sind, nach welchen künftig beiderseits entstehende respektive fällig werdende Leistungen in einer festgelegten Weise durch Aufrechnung getilgt werden sollen. Als wesentliches Moment ist es einem derartigen Aufrechnungsvorgange eigen, dass die sich gegenübertretenden Forderungen hier in einem von den Parteien bestimmten Zeitpunkte gegeneinander aufgerechnet werden, nicht etwa im Zeitpunkte ihres Entstehens oder erst durch eine Erklärung.

Als besondere Fälle derartiger Aufrechnungsverträge- und Vorgänge sind hier zu nennen Contocorrent und Skontration.

a) Der Contocorrentvertrag regelt auf eigentümliche Weise die Aufrechnung beim Vorhandensein mehrerer Forderungen auf beiden Seiten. Dieser Aufrechnungsvertrag ist keineswegs ein dem Handelsrechte allein zugehöriges Institut, mag er auch in Handelskreisen eine vorzügliche Werthung und Benutzung erfahren.

Die Litteratur ist sehr reich, vergl. besonders darüber Endemann, Handelsrecht, § 144, Anm. 3, sowie die im folgenden gegebenen Anmerkungen dieses Paragraphen, auch Endemann, B. G. B., Bd. 1, S. 837, Anm. 16.

Zuerst findet sich der Contocorrentvertrag als festehendes Institut bei den römischen Banquiers, argentarii. Schon hier[2]) findet sich eine stillschweigende Übereinkunft,[3]) dass zwischen dem argentarius und seinen Geschäftsfreunden der Inbegriff aller einzelnen mit ihnen eingegangenen Geschäfte als ein Ganzes angesehen, und nur das Resultat dieses Ganzen in Betracht gezogen wird.“ Der argentarius hatte eine Klage auf den Saldo, den verbleibenden Überschuss: si paret Titium A.° A.° X milia dare

---

[1]) Siehe auch Schade, Aufrechnungsvertrag, S. 16.

[2]) Vergl. Krug a a. O. Anm. 287, S. 134.

[3]) Vergl. auch Krug, § 13.

oportere amplius quam ipse Titio debet,[1]) condemna, s. n. p. a. Bei Mehrforderung verfiel er in plus petitio etc. etc.[2])

Der Kontokorrentvertrag[3]) kann ausdrücklich oder stillschweigend geschlossen werden, er ist ein Vertrag, nach welchem auf der Seite beider Parteien die hin und her geschlossenen Geschäfte in gegenseitige Rechnung gesetzt werden, und zwar so, dass der jeweilige Inbegriff aller Forderungen hüben und drüben als ein Ganzes angesehen wird, sodass nur der jeweilig hier oder dort sich ergebende Überschuss als eine klagbare Forderung restiert. Die Abrechnung, bei welcher sich dieser Saldo ergiebt, ist an bestimmte Zeitpunkte gebunden. Der Zweck eines derartigen Vertrages ist vor allen Dingen, wie bei jeder Aufrechnung „Ersparnis der Barzahlung". Dass ein derartiger Kontokorrentvertrag ein Creditgeschäft[4]) notwendigerweise nicht sein aber in sich schliessen muss, bedarf kaum einer Erwähnung. cf. Endemann, § 144, Anmerkung 7. Das Wesen des Vertrages ist die Creditgewährung aber nicht, Endemann B. G. B., S. 838, Anm. 17.

Haben wir so kurz das Wesen des Contocorrentvertrages dargelegt, so müssen wir daraus folgende Consequenzen ziehen. (cf. Endemann § 144).

Die einzelnen Posten stehen sich nicht einzeln als Schuld oder Zahlung oder Aufrechnung gegenüber, sondern nur als Bestandteile der aktiven und der passiven Wertmenge, welche im Saldo zur Gesamtausgleichung gebracht wird, die Zahlungen sind demgemäss à conto geleistet, die einzelnen Posten sind aus ihrem Zusammenhange — natürlich mangels ausdrücklicher Bestimmung (Anm. 9.) — unabtrennbar und unklagbar, die Abrechnung von einer Seite aus bedarf der Anerkennung von seiten der anderen, der Saldo ist an sich klagbar, er kann ausgezahlt werden oder als neuer erster Posten in das Debet des anderen Teiles gestellt werden, bei nicht anerkanntem Saldo kommt das Abrechnungsgeschäft nicht zu Stande, der Saldo ist verzinslich und verjährbar, die Klage aus dem anerkannten Saldo bedarf keiner weiter zurückgehenden Begründung; etc. etc.

Interessant ist es, dass noch Krug a. a. O. entsprechend seiner Auffassung vom ipso iure compensari meint (S. 134), dass nicht dieser Saldo allein, sondern die Forderung, welche ihn bewirkt, ebenfalls klagbar bleibt.

Wie vollzieht sich nun hier die Aufrechnung? Ist sie, wie man so oft angenommen hat, begründet durch eine Reihe von

---

[1]) Debet. Schon diese Zeitform spricht gegen die Rückwirkungstheorie (cf. Kap. II dieser Arbeit).

[2]) Dass auch sonst der Kontokorrent seinem Wesen nach bekannt war, darüber siehe Endemann a. a. O. § 144, Anm. 3.

[3]) Vergl. zu der folgenden Zusammenfassung Endemann Handelsrecht, § 144. — Ebenso Endemann, B. G. B., Bd. I, S. 838 und Anm. 17.

[4]) Dagegen z. B. Theusner ganz vereinzelt. — Der Kontokorrentvertrag, Diss. Halle 1901. Dortselbst über die Frage weitere Litteratur.

Aufrechnungen wie Krug[1]) glaubt; ist sie erklärbar durch die Fiktion einer Reihe von Aufrechnungen, was noch Endemann[2]) anzunehmen scheint?

Vor Fiktionen soll man sich in der Rechtswissenschaft mit Ängstlichkeit hüten, so verlockend bequem eine Fiktion auch im einzelnen sein mag.

Ist nicht ein anderer Weg denkbar, sich die Aufrechnung hier zu erklären?

„Eine Zahlung im Kontokorrent", sagte Keller, Pandekten, § 272, S. 520, „äussert zuerst nur solvendi, nur für den Überschuss obligandi vim. Auch das ist noch nicht einmal ganz richtig. In die Funktion, solvendi vim auszuüben, kommt die betreffende Zahlung meiner Ansicht nach ebenfalls erst in dem Augenblicke, da der Schlussstrich gezogen und der Saldo bestimmt wird. Warum ist es nicht viel einfacher zu sagen: Bis zu diesem Zeitpunkte steht auf jeder Seite für sich eine Reihe von Forderungen, und für sich eine Reihe von Schulden. Die Reihe der Forderungen hat mit der Reihe der Schulden absolut nichts zu tun, beide stehen vollständig selbständig nebeneinander und auf jede ist selbständig quasi die Verpflichtung gelegt, dass sie nicht aus dem Zusammenhange gerissen werden darf, dass sie mit den anderen Posten in ihrer Reihe zu einem Ganzen verwächst. Erst durch den vertragsgemäss festgelegten Zeitpunkt, in welchem der Saldo sich ergiebt, in welchem das Ganze der Forderungen dem Ganzen der Schulden zur Messung gegenübergestellt wird, äussert jetzt die Masse der Forderungen bis zu der Höhe, in der Debet und Credit communicieren, eine vis solvendi auf die Masse der Schulden.

Hiergegen scheint freilich zu sprechen, dass, wenn die Verzinsung eine ungleiche ist, wie etwa im Verkehre der Bank mit einem Kunden — etwa 3 und 5 % — meistens nur die jeweils überschüssige Summe mit 3 bezw. 5 % verzinst wird. Es handelt sich jedoch in diesem Falle um ein besonderes Geschäftsverhältnis, bei dem ebenso, wie überhaupt die Verschiedenheit der Zinsen, auch gerecht ist, dass der kreditgebende und das Risiko laufende Bankier den Überschuss mit 3 % selbst verzinst oder für den Überschuss zu seinen Gunsten 5 % Zinsen erhält.[3])

[1]) a. a. O., Seite 134.

[2]) a. a. O. Anm. 11. cf Schade, S. 29.

[3]) Vergl. dazu Theusner n. a. O., Seite 31:

„Schon allein für das Risiko, welches immer mit einer Kreditgewährung verbunden ist, ist ein höherer Zinsfuss zu Gunsten des Kreditgebers berechtigt, da der Korrespondent ja bei einer Anschaffung kein Risiko in dieser Weise eingeht. Da ferner in Folge des Kreditvertrages der Bankier bis zur vertragsmässigen Maximalgrenze stets Geld für seinen Korrespondenten bereit halten muss, dieser dagegen infolge des Kontokorrentvertrages Geld, für welches er augenblicklich keine Verwendung hat, zurückzahlen kann, wäre es ungerecht, wenn der Bankier für plötzlich ihm zurückgezahltes Geld, welches für ihn dadurch seiner produktiveren Anlage entgeht, für seinen Korrespondenten aber dadurch noch den Vorteil der Krediterhöhung um eben diesen zurückgezahlten Betrag bringt, denselben hohen Zinsfuss zahlen sollte, wie der Kredit suchende Korrespondent für die Leistungen des Bankiers."

Und jetzt folgt die Aufrechnung, die nicht etwa als geschehen constatirt wird aus einer Reihe oder der Fiktion einer Reihe von Aufrechnungen heraus, sondern als eine einzige einfache Ab- und Aufrechnung, die man eine summarische Aufrechnung nennen könnte und die im Grunde wohl wenigstens[1]) meistenteils auf einen gegenseitigen Erlassvertrag hinausläuft.

Die Folge ist:

Die Aufrechnung im Kontokorrentvertrage ist nicht eine Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen, sie ist nur eine einfache Aufrechnung zweier sich gegenüberstehender Forderungen. Diese beiden Forderungen sind entstanden aus dem wachsenden Debet resp. Kredit hier und da, sie haben keinerlei Beziehungen mehr zu den einzelnen früheren Schuld- und Forderungsposten, der Saldo ist der von dieser einen Aufrechnung notwendig ausgeschlossene Rest.[2])

In dieser Auffassung bestärkt mich einmal die Natur des Saldos. Der Saldo ist zum ersten Male überhaupt erst entstanden bei der vertraglich vorgenommenen Auf- und Abrechnung,[3]) er ist nicht die jeweilige, sich während des Bestehens des Kontokorrentverhältnisses ergebende Differenz, die bald auf diese, bald auf jene Seite überspringt, wie man dieses bei einer Reihe oder der Fiktion einer Reihe von Aufrechnungen notwendig annehmen muss. Andererseits bestärkt mich in dieser Auffassung der Umstand, dass eben die Festlegung des Saldós, welche die eigentliche Aufrechnung enthält[4]), an bestimmte vertraglich oder stillschweigend festgelegte Zeitpunkte gebunden ist.[5]) [6])

---

[1]) Nicht stets, und das wird oft übersehen, denn der Kontokorrent kann sehr wohl mit einem Saldo auf der einen Seite schliessen, ohne dass auf der anderen Seite irgend eine Forderung stände. Dann handelt es sich weder um Aufrechnung, noch Erlass, noch um Novation (Dernburg S. 591 ff. Pand.), noch um solutio, oder solutis datio.

[2]) Ähnlich Gerber, das Kontokorrentverhältnis, S. 75—77, der erst am Ende der Kontokonrentverhältnisse eine Gesamtkompensation eintreten lässt. Gerber ist ebenfalls der Meinung, dass eine Kompensation der einzelnen Forderungen während der Kontokorrentbeziehungen unstatthaft ist. Es würde zu weit führen, hier die Litteratur zu prüfen. Vergl. für Litteratur Theusner, Seite 41, f, der anderer Ansicht ist. Gegen diese Anschauung aus neuester Zeit z. B. R. G. vom 26. November 1904, Bankarchiv 4, 76, Vergl. weiter Text.

[3]) cf. Schoemann, Das pactum de compensando. Diss. Erlangen 1897, Seite 35: Es ist „Essentiale" des Kontokorrentvertrages, dass der Saldo an bestimmte Zeit gebunden ist. Ähnlich auch Thöl, Handelsrecht, 1. Bd., II. Abt., 5. Aufl. S. 464.

[4]) Nach R. G., Bd. 59, S. 194, liegt der Aufrechnungsvertrag in der Saldoanerkennung. Dazu Rehbein Anm. 6 zu § 396.

[5]) Dieser Meinung kommt Danz, der Aufrechnungsvertrag über Börsentermingeschäfte und die Auslegung Bank-Archiv, S. 145 ff, entgegen, wenn er in dem Zusenden eines Rechnungsauszuges mit dem Ersuchen, den Saldo anzuerkennen, eine Offerte zum Abschlusse eines Aufrechnungsvertrages sieht.

[6]) Zugleich als Ergänzung zu Anm. 2 dieser Seite. Eine ähnliche Auffassung, wie die oben vertretene, scheint auch Lang a. a. O., S. 66 zu haben. der davon spricht, dass nur die beiden Hauptsummen gegeneinander

Da nun hier im Contocorrentverhältnisse eine Aufrechnung mit oder gegen mehrere Forderungen geleugnet wird, gehört alles weitere nicht mehr hierher.

b) Den Skontrationsvertrag definiert Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B. G. B., S. 189, als „gemeinschaftliche Abrechnung im Giroverkehr, vermöge deren an einer bestimmten Abrechnungsstelle eine Menge von Schulden innerhalb eines geschlossenen Teilnehmerkreises durch Compensation getilgt werden."

Der Skontrationsvertrag ist im Gegensatze zum Contocorrentvertrage wohl lediglich ein Institut des Handelsrechtes; es lässt sich daher an dieser Stelle eine ausführliche Darstellung ohne Schaden ersparen.[1])

---

aufgerechnet werden. Jetzt auch R. G. Bd. 56. S. 24. In der Eingehung eines Kontokorrentverhältnisses liegt ein Aufrechnungsvertrag (das ist er nicht unbedingt, cf. Anm. 1 v. S.) auf den Schluss der Rechnungsperiode, bis zu dem sämtliche Posten gestundet sind. (Ebenso Oetker Konkursrechtliche Grundbegriffe I, Seite 255 ff.) Dazu Lang, S. 67: „Nur scheinbar widerspricht dem die Aufrechnung, wie sie R. G., Bd. 56, S. 20 und Bd. 29, S. 193 vertritt, für den Fall, dass die Passivforderungen, in denen unverbindliche und klaglose Forderungen enthalten sind, die Aktivforderungen übersteigen und der Saldo infolgedessen auch einen Teil enthält, der unverbindlich und klaglos ist. Aber dieser Teil wird ja einmal erst in den Saldo aufgenommen und sodann ist die hier vorgenommene verhältnismässige Verrechnung auch ja nur möglich, wenn man erst einmal, wie das auch das R. G. tut, die Gesamtheit der auf der Aktivseite stehenden Posten gegen die Gesamtheit der auf der Passivseite stehenden aufrechnet."

[1]) Fraglich erscheint, ob man hier auf demselben Wege wie oben, eine Auslegung der Natur dieses Vertrages finden kann, welche eine Fiktion einer Reihe von Cessionen und Aufrechnungen als überflüssig erscheinen lässt.

II. Hauptteil.

Die Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrererer Forderungen nach Gemeinem Rechte.

2. Kapitel.

Das Wahlrecht bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen nach Gemeinem Rechte.

§ 4.

Begriff des „mehrfachen Schuldners".

Wir wenden uns nunmehr zu der einseitigen, sei es nun aussergerichtlichen, sei es gerichtlichen Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen. Da ist es nun ja sattsam bekannt, dass viele die Möglichkeit einsr aussergerichtlichen einseitigen Compensation für das Gemeine Recht überhaupt leugnen, andere hingegen wieder die einseitige aussergerichtliche Compensation in den Vordergrund stellen.

Mit diesen sich gegenüberstehenden Meinungen sich auseinanderzusetzen, wäre an dieser Stelle überflüssig. Die folgende Darstellung nimmt die Zulässigkeit der aussergerichtlichen Compensation als Grundlage und spricht daher allgemein von: Schuldner, Gläubiger, mehrfacher Schuldner, mehrfacher Gläubiger, und wird suchen die Worte Kläger und Beklagter, die für die Anhänger der gerichtlichen Compensation allein massgebend waren, so weit wie möglich zu vermeiden, zumal Schuldner sowohl wie Gläubiger in der Rolle des Klägers wie des Beklagten erscheinen können. Denn zu der herrschenden Verwirrung scheint es mir nicht wenig beigetragen zu haben, dass man es nicht immer auseinander gehalten hat, ob mehrfacher Gläubiger oder mehrfacher Schuldner als Kläger oder als Beklagter auftritt.

Da es für unsere Darstellung von Wichtigkeit sein wird, so sei zunächst ein für allemal festgelegt, was unter einem mehrfachen Schuldner zu verstehen sei. Goldschmidt, S. 42, Anm. 102 definiert sehr richtig:

„Der mehrfache Schuldner ist ein Compensant, welcher weniger Forderungen aufrechnet, als die Anzahl der Forderungen, gegen welche aufgerechnet werden kann, beträgt, resp. ein Gegner, dessen Forderungen durch die aufgerechneten Gegenforderungen voll gedeckt werden, während dem Kompensanten noch Forderungen übrig bleiben. Gleichgiltig ist hierbei, ob dem Kompensanten, der weniger aufrechnet, als ihm gegenübersteht, sonst noch Forderungen zustehen, diese sind nicht in compensatione."

Mit anderen Worten: Die Bezeichnungen mehrfacher Gläubiger, mehrfacher Schuldner beziehen sich nicht auf das allgemeine Schuld- und Forderungsverhältnis der beiden Parteien untereinander, sondern lediglich auf das durch die geschehene Aufrechnungserklärung begrenzte Schuld- und Forderungsverhältnis.[1])

§ 5.

Ipso iure compensatur nach den Quellen.

Es ist nun die Frage zu beantworten:

Wer hat gemeinrechtlich im Falle der Concurrenz mehrerer Forderungen das Wahlrecht?

Bei Aufstellung dieser Frage nun werden wir gleich mitten in den tollen Strudel des Streites über jenes: ipso iure compensatur hineingerissen.

Will man nämlich die obige — sowie auch die weiter sich daran anschliessende Frage nach der replicatio compensationis beantworten, so muss man den Lehren des Gemeinen Rechtes rückwärts folgen bis auf die jeweilige Deutung der Worte: Ipso iure compensatur, um dann aus ihr heraus die betreffende Ansicht über unsere Frage zu verstehen.

Aus[2]) L. 4 C de comp IV, 31, über die Sistirung des Zinsenlaufes sowie aus L. 10 D. de comp. XVI 2 über die Zuständigkeit der condictio indebiti hat man rückwärts geschlossen auf eine „allgemeine Regel", welche sich „aus jenen quellenmässigen Folgen ergeben" soll. So hat man denn die Lehre von der sog. rückwirkenden Kraft der Compensation ausgebaut und stellte als unumstösslich auf: (Schwanert S. 2)

„Die Realisation des Compensationsrechtes des Schuldners geschieht durch Einrede gegen den vom Gläubiger, der zugleich Schuldner ist, erhobenen Anspruch, es steht das Recht aber von dem Moment an zu, wo er in seiner Person Forderung und Schuld vereinigt, oder, wie man es auch ausgedrückt hat, vom Momente der Coexistens der beiden Forderungen an, und wenn deshalb die Kompensationseinrede vorgebracht worden, so hat das die Wirkung, als ob die beiden Forderungen vom Momente der Coexistens an aufgehoben gewesen wären."

Jetzt zieht man die ganze Reihe der Folgerungen aus der gefundenen Regel:

So behauptet man (Schwanert S. 3):

„ Die Sistirung der Folgen der mora, die Fortdauer der Compensationsbefugnis, die Zuständigkeit der compensatio auch für den Cessionar und den Erben, resp. den Miterben, der aus der Erbteilung die betreffende Forderung erworben hat und — last not least — die Beschränkung der Compensation auf diese erste ausreichende Forderung des Schuldners, auch wenn derderselbe nachträglich noch eine zweite erwirbt."

Ihren bedenklich festen Untergrund finden diese Behauptungen erst durch die den Quellen entsprechende Formulierung:

[1]) Dazu vergl. Goldschmidt a. a. O., Anm. 8 und Anm. 192.

[2]) Vergl. zum folgenden Schwanert, S. 2 ff.

ipso iure compensatur, compensatio fit ipso iure. Vergl. auch 30 J. de actionibus IV 6, ferner Azo, Summa C. h. t.

Über die Art und Weise nun, wie dieses ipso iure compensatur zu verstehen sei, hat sich ein lebhafter Streit entwickelt, dessen Hauptphasen hier eine kurze Beleuchtung finden müssen, da die Ansichten und Meinungen, wie schon gesagt, eine Grundlage der jeweiligen Ansicht über die rückwirkende Kraft der Compensation und demgemäss über unsere Frage geben.[1])

§ 6.

Die älteren oder die absoluten Theorien.

Zunächst sind hier diejenigen Theorien zu erörtern, welche Leonhard a. a. O., Seite 4, die absoluten Theorien nennt.

Martinus[2]) sieht in dem ipso iure ein „reines von selbst", sine facto hominis. Tyndarus führt diese Lehre weiter, und natürlich ist das Resultat: Die Compensation geschieht im Momente der Coexistenz der beiden Forderungen.

Diese Meinung hat früher vielen Anklang gefunden, ist aber heute so gut wie überwunden.

Für unsere Frage muss man sodann bei Annahme dieser Meinung weiter schliessen: Geschieht die Kompensation im Momente der Coexistenz zweier Forderungen, so kommt es bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen lediglich auf die Zeit an, in der die verschiedenen Forderungen entstanden und fällig wurden. Um in dem beliebten Beispiele von der Waage zu bleiben: es harrt immer das Gewicht auf der einen Schaale der Gleichwertung mit dem Gewichte auf der andern. Sobald dieser Zeitpunkt eintritt, lösen sich die gegenseitig aufeinanderwirkenden Kräfte aus; die Stellung der Waage ist nun genau dieselbe, wie wenn auf keiner Seite irgend ein Gewicht wäre.

Schon bei Tyndarus ist diese Folgerung, wie Krug in Anm. 286 S. 134 nachweist, gezogen. Krug selbst nimmt sie auf.[3])

Aus dieser Ansicht ergibt sich die Folge, dass keine Partei aus der Zahl ihrer Forderungen beliebig herausgreifen und

---

[1]) Auf Kritik der Quellenstellen und Kritik der Argumentation aus den Quellen kommt es hier nicht mehr an, eine Kritik ist hier notwendig höchstens rückwärts aus den für unsere Frage massgebenden Resultaten und auch da nur quasi historisch, nämlich soweit dieses nötig ist, um die richtige herrschende Meinung des Gemeinen Rechtes, deren Richtigkeit und die Unrichtigkeit anderer Meinungen festzustellen. Für kritische Darstellung sei verwiesen — ebenso für die folgenden Paragraphen — auf die beachtenswerte Schrift von Kaiser, Die replicatio compensationis nach Gemeinem Civilrecht § 3. Diss. Halle 1894; für weitere Litteraturnachweise auf die Darstellung Liebknechts a. a. O., S. 10 ff., ferner S. 24. — Eine ausführliche Darstellung giebt auch Nolte a. a. O. in § 8, S. 63 ff.

[2]) Vergl. Schwanert S. 7 unten.

[3]) Krug a. a. O., S. 134: „Entstehen nämlich die mehreren Forderungen auf der einen Seite, oder wurden sie fällig, nachdem die eine Gegenforderung auf der anderen Seite schon fällig war, so erlöschen sie wegen des Satzes compensatio fit ipso iure (im weiteren Sinne) nacheinander, eine jede in dem Momente, in welchem sie entstand oder fällig wurde. Hier ist also jede einseitige Parteiwillkür ausgeschlossen!" —

klagen darf, sondern dass jeder an die Reihenfolge der Entstehung der Forderungen absolut gebunden ist, und nur die zuletzt entstandene Forderung, „welche den Saldo auf seiner Seite bewirkt" klagbar bleibt. Vergl. Kap. 1 dieser Arbeit.

Es ergiebt sich also das Resultat:

Keinerlei Wahlrecht auf irgend einer Seite, sondern absolute Gebundenheit für den Fall, dass die verschiedenen Forderungen nacheinander entstanden und fällig wurden. Betont sei hiernoch, dass dies praktisch nur von Bedeutung wird, wenn, wie Krug sich ausdrückt, die Gegenforderung nur zur ganzen oder teilweisen Deckung eines oder einiger dieser Schuldposten ausreicht. Sonst kann natürlich jeder auf entgegenstehende Schuldposten insoweit abrechnen, als seine Forderungen dadurch gedeckt werden.[1])

Derselben Meinung ist Fuhr, Archiv für praktische Rechtswissenschaft I, Seite 141—155, dessen Ansichten wiederum auf seine Deutung des ipso iure zurückgehen, die nach Schwanert, S. 24, im wesentlichen mit der (unten zu erörternden) Windscheid'schen Auffassung übereinstimmen, nur den Zusatz haben, „dass das von selbst nur im Interesse des Schuldners und nach seinem Willen geltend gemacht werde" durch welchen kostbaren Zusatz[2]) meiner Ansicht nach jede vorige Behauptung wieder verneint wird; ein „reines von selbst" ist danach ein Ding der Unmöglichkeit geworden.

Soweit stimmt auch Dernburg mit Krug überein; und auch seine Ansicht über diese erste Frage des Wahlrechts ist als eine Consequenz seiner Meinung über das ipso iure compensatur aufzufassen.

Dernburg leitet, wie Schwanert[3]) sagt, die Rückwirkung der Compensationseinrede nnd damit die Begründung derselben durch die Coexistenz der Forderungen ohne Rücksicht auf das ipso iure — als reinem „von selbst" — aus der Natur der Einrede ab. Er giebt dem Satze folgende Erklärung:

Man kam nach längerer Entwickelung der Rechtsfrage schliesslich zu dem Resultate, die Compensationseinrede müsse in sich fest gegründet sein, ein den Richter absolut bindendes Recht der Parteien, nicht mehr, wie wohl früher abhängig von den Umständen und Verhältnissen oder gar von dem immerhin launischen Ermessen des Richters, sondern sie müsse, wie Dernburg selbst sagt (Die Kompensation S. 312) nach den Grundsätzen des Rechtes selbst eintreten. „Sie hat nun eine unabhängige rechtliche, nicht bloss geduldete faktische Existenz."

Auf die sehr ausführliche Begründung dieser Ansicht, der auch Vangerow sich anschliesst, einzugehen ist hier nicht der Ort.

„Die Form ist sodann, wenigstens im späteren Recht, überall die Einrede. Die Wirkung dieser aber ist, wenn vorgebracht,

---

[1]) Vergl. Krug § 52, Anfang.

[2]) Vergl. Crome, a. a. O., S. 238, Anm. 53: Eine fast unmögliche Anforderung.

[3]) Vergl. zum folgenden Schwanert, S. 15 ff.

wie bei allen anderen Einreden, auf den Moment zurückbezogen, wo dieselbe rechtlich begründet gewesen ist, also auf den Moment der Coexistenz der Forderungen.[1])"

So kommt also Dernburg auf einem Wege abseits von der Heerstrasse zu demselben Ziele wie Krug.

Will man nun diese Ansichten teilen, so kommt man in Verlegenheit, wenn man weiter fragt: Wie vollzieht sich die Compensation, wenn auf der einen Seite bereits mehrere Forderungen vorhanden waren, als auf der anderen Seite eine Forderung diesen entgegentrat, oder wenn auf beiden Seiten zugleich, zur selben Zeit entstanden, eine Reihe von Forderungen sich gegenübertreten? Dernburg, S. 550 erinnert an den Erbschaftsantritt.

Hier ist man nun auf ein Wahlrecht absolut angewiesen, ein ipso iure Geschehen ist unmöglich. So sucht man sich denn auf mancherlei Weise einen Ausweg.

Zunächst beruft man sich, was den Fall anbelangt, dass der Schuldner, der mehrere Gegenforderungen hat, Beklagter ist, auf L. 5. D. de comp. Gaius lib. IX ad edictum provinciale:

Si quid a fidejussore petetur, aequissimum est, eligere fidejussorem quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit, sed et si utrumque velit compensare audiendus est.

Demgemäss giebt man durchweg dem Schuldner das Wahlrecht, welche seiner Gegenforderungen er compensieren will.[2])

Darüber hinaus behauptet man andererseits, allerdings in der Mehrzahl, der Schuldner darf wählen, andererseits, der Gläubiger soll wählen.

So einfach diese beiden entgegengesetzten Meinungen sind, so mannigfach sind die ihnen jeweilig beigegebenen Begründungen.

Wiederum führe Krug den Reigen an.[3]) Er behauptet einen Grundsatz, dass die compensatio für eine Zahlung gelte, aber für eine Zahlung, welche der Gläubiger sich selbst leiste. Hat man sich davon überzeugen lassen, so muss man freilich auch zugeben, dass demnach derjenige, welcher Gläubiger der mehreren Forderungen ist, sich seine Gegenschuld anrechnen darf, auf welche derselben er will, und die übigen einklagen, ohne dass ihm eine exceptio compensationis entgegengesetzt werden kann. Denn excipierte der Beklagte: creditorem sibi ibse solvisse, vel debuisse solvere, so wird derKläger replizieren: „Ja, ich habe mich selbst bezahlt." (secum pensare! Kretschmar) „aber auf eine andere Forderung, was die Gesetze dem sich selbst Zahlenden erlauben." Krug beruft sich dabei auf Arg. L. 101, § 1 de solut. 46,3.[4])[5])

---

[1]) Vergl. hierzu Schwanert, S. 16, oben.

[2]) Vergl. Schwanert, S. 25.

[3]) Vergl. Krug, S. 135.

[4]) Vergl. Krug a. a. O., Anm. 289, S. 135. Ein Eingehen auf die dertigen Ausführungen würde hier zu weit führen. Über die replica compensationis siehe Kap. 3.

[5]) In Anm. 290, Krugs Bundesgenossen: Pufeneorf, obsc. jur. univ. I. II. obs. 175. — Berger, el. disc. forens. P. II. ad. Tit. 11. supp. 20.

Auch Dernburg, Die Compensation, S. 552, ist der Ansicht, dass man in diesem zweiten Falle dem Gläubiger die Wahl zugestehen müsse.[1]) Der mehrfache Schuldner hat also kein Wahlrecht.[2])

Für den Fall, dass sich von beiden Seiten mehrere Forderungen gegenüberstehen, spricht Dernburg von jeder Seite dem Gläubiger der mehreren Forderungen das Recht zu, die zu bestimmen, welche sich mit der Forderung des Gegners deckt.

Wenn Dernburg auch keine direkte Bestätigung seiner Ansicht in den Quellen nachweisen kann so beruft er sich doch auf die bereits erwähnte L. 5 D de comp. 16 2.[3])

Auch Krug wird von Dernburg herangezogen. Anm. 4, S. 552. Ferner Entsch. O. A. G. Rostock Bd. 5, S. 237 ff — Seuffert XIX, Nr. 140.[4])

Die Begründung Krugs aber mit der Annahme einer Selbstzahlung, die neuerdings Deichmann wieder aufgenommen hat, weist auch er schon energisch zurück.

Dem gegenüber giebt Fuhr a. a. O. dem Schuldner (Beklagten) das Wahlrecht.[5]) Ebenso Sintenis Civilrecht, 3. Aufl.,

---

Mir nicht zur Verfügung, doch werden sie nicht wichtiges bringen, das Krug nicht der Erwähnung wert gefunden hätte.

[1]) Dernburg argumentiert a. a. O. folgendermassen: „Man denke sich, das Institut der Compensation bestünde nicht, so würde der Gläubiger die Bestimmung gehabt haben, welche seiner Forderungen er zuerst eintreiben wolle, er hätte zur Zahlung der leichteren empfangen, dann mit ihrem Ertrage seine Schuld an den Gegner tilgen und endlich immer noch die schwerere Forderung einklagen können.“ Durch die Compensation solle nun das unnötige Hin- und Herzahlen vermieden werden, es solle die Gefahr beseitigt werden, dass man Zahlung eintreibe und nicht wieder leiste. Dieser Zweck werde erreicht, wenn der Gläubiger die eine seiner Forderungen zur Deckung seiner Gegenschuld bestimme. Jeder innere Grund fehle, sein Recht noch weiter zu beschränken und dem Schuldner die Befugnis einzuräumen, dem Gläubiger vorzuschreiben, welche seiner Forderungen er zur Compensation benutzen solle!“ —

[2]) Vergl. auch Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., 1900, S. 179/180. Dernburg geht in seinen Pandekten einen Schritt weiter und giebt dem Kompensanten unbedingt das Wahlrecht, ohne Rücksicht auf das Alter der Forderungen. Gegen Dernburg besonders Eisele a. a. O., S. 357. Schwanert S. 59 u. 71. Aus der Praxis vergleiche R. G.. Bd. 7, S. 245, Bd. 13, S. 175.

[3]) Vergl. dazu Ehrlicher Diss. 1907, S. 8.

[4]) Für seinen nach den Pandekten erweiterten Standpunkt führt Dernburg dort a. a. O. an: Entsch. R. O. H., Bd. 7, S. 367, Bd. 12, S. 389, Bd. 19, S. 76 und dort citierte. Ferner Bolze, Praxis Bd. 1, S. 89 u. 413. — R. G. in Seuffert, Bd. 48, Nr. 253. Zeitschrift f. Verw. u. Rechtspflege in Oldenburg, Bd. 19, S. 208.

[5]) Fuhr a. a. O., S. 142: „Kann der Schuldner, statt seine Befriedigung mittelst der Compensation und damit auch Befreiung von des Gegners Schuld zu erwirken, baar zahlen und alsdann seine Gegenforderung einklagen, so muss er auch zu wählen berechtigt sein, auf welche von mehreren älteren Forderungen er seine Gegenforderung compensiert wissen will. Ohne dieses Recht wird der Schuldner in eine nachteiligere Lage versetzt, als er bei der wirklichen solutio sein würde; diese solutio soll aber gerade deshalb unnötig sein, weil der Schuldner das Verhältnis zu seinem Gläubiger so ansehen kann, als habe eine Hin- und Rückzahlung der wechselseitigen schuldigen Beträge stattgefunden. Die Compensation ist somit von Anfang an da, wann und wie der Schuldner will; so lange nicht als im ersteren Falle das wechselseitige Compensationsrecht des Gläubigers bezüglich einer bestimmten Gegenforderung ihm die Wahl entzieht.“

Bd. 2, S. 417, mit Fuhr auch in der Begründung übereinstimmend, beide aus ihrer Auffassung, des ipso iure compensari als eines Festlegens der Forderungen zur Compensationsbereitschaft nach ihrem Alter.

Krug führt a. a. O. einige ältere Schriftsteller an, welche dem Schuldner die Wahl geben. Es sind dies:

Mevius, Pütter, Wernher.[1])

Althergebrachter Weise wandte man im Gemeinen Rechte, wo die Quellen über die compensatio schwiegen, die Rechtsvorschriften der Zahlung (solutio) entsprechend an, indem man die compensatio für eine solutio direkt erklärte oder sie wenigstens mit der solutio zusammen einem namenlosen Ueberbegriff subsumierte. Bei der solutio nun[2]) hat der Schuldner zweifellos die Wahl, welche seiner Schulden er tilgen will;[3]) folglich auch bei der compensatio. „Geschieht"[4]) keine Erklärung, so kann der Gläubiger bestimmen, welche Schuld getilgt sei, muss aber dabei das Interesse des Schuldners im Auge behalten und stets auf die schwerere vor der leichteren verrechnen."

Auch bei Betrachtung der Ansicht Windscheids über unsere Frage wollen wir von seiner Ansicht über das ipso iure compensatur ausgehen. Bekanntlich sieht Windscheid in dem ipso iure compensari ein durch die Existenz der Gegenforderung von selbst eintretendes Afficiertsein der betreffenden Forderungen, dass er als Zustand der Hemmung und Lähmung des Forderungsrechtes bezeichnet.[5]) Windscheid-Kipp. II. S. 429, 431. So kommt auch Windscheid zu der rückwirkenden Kraft der Compensationseinrede.

Inbetreff unserer Frage äussert nun Windscheid S. 437.

„Hat der Gläubiger mehrere Forderungen gegen den Schuldner, so steht die Compensationseinrede einer jeden derselben entgegen, aber der Schuldner kann sie natürlich nur gegen eine Forderung gebrauchen."

Das heisst natürlich nur, dass der einfache Schuldner als Beklagter kompensieren kann, falls von ihm Leistung verlangt wird. Schon daraus ist zu folgern, dass der mehrfache Schuldner als Beklagter ein Wahlrecht hat.

---

[1]) Mevius Decisiones P. I. decis. 116, P. VII decis. 52. Pütter Auserlesene Rechtsfälle Bd. I, dec 75, Nr. 58.

[2]) Vergl. Krug Anm. 290.

[3]) Vergl. Kretschmar, Erfüllung, S. 39. — „Est in arbitrio solventis dicere" l. 1. D. de solut. 46. 3. (nicht pacisci.)

[4]) Vergl. Dernburg, S. 551 oben. Das ist jedenfalls herrschende Meinung, Im einzelnen ist auch hier vieles umstritten. Vergl. Wiegand, die Verrechnung von Zahlungen nach gem Recht. S. 20. S. 15 f. Ferner beispielsweise Kanold, Beitr. z. Lehre v. d. Aufrechnung. Berlin Diss. 1888, S. 52. Jung, Abrechnung einer Zahlung des Schuldners auf mehrere Geldschulden nach gem. Recht. Diss. Rostock 1894. Würde man den Ansichten des gem. Rechtes entsprechend dieser Frage analoge Grundsätze an die Aufrechnung anlegen, so könnte man auch im einzelnen wertvolle Resultate finden. Doch führt das hier zu weit. — Vergl. nach Hertzberg a. a. O., S. 40, Anm. 6, zu obigem ferner Leyser Meditationes p. 284. — O. A. G. Darmstadt bei Fuhr a. a. O. S. 151 ff. Seuffert XXIII, Nr. 22, Bolze, Praxis des R. G., Bd. 14, Nr. 151, Bd. 1, Nr. 399.

[5]) Vergl. Eisele a. a. O., S. 140, Mitte.

Windscheid fährt fort:

„Hat der Schuldner mehrere Forderungen gegen den Gläubiger, so steht ihm kraft einer jeden die Compensationseinrede zu gegen den Gläubiger und es hängt von ihm ab, welche der mehreren Forderungen er zur Compensation verwenden will."

Das heisst in unserer Terminologie: Der mehrfache Gläubiger als Beklagter hat ein Wahlrecht, der mehrfache Schuldner als Kläger also nicht.

Dies versteht sich am besten aus den in früheren Auflagen von Windscheid für seine Auffassung gegebenen Deduktionen (3. Aufl. Anm. 18, II., S. 293 ff.), die abseits von seiner Auffassung des ipso iure compensatur liegen.

Windscheid geht davon aus, dass es dem Schuldner frei stehe, ob er die Forderungen, welche er seinerseits gegen den Gläubiger habe, überhaupt zur Compensation bringen wolle. Könne aber hierin der Schuldner wählen (wie er bei der Zahlung wählen kann), so müsse es ihm auch freistehen, gegen welche Forderung des Gläubigers er sie zur Compensation verwenden wolle. Trete freilich er selbst als fordernder Gläubiger auf, so gehe nun das Wahlrecht auf seinen Schuldner, den Gläubiger der mehreren Forderungen, über. „Es könne eben keine Partei der andern eine Kompensationseinrede aufdrängen, welche diese nicht geltend machen wolle." In betreff des Gläubigers gelte dasselbe, was für den Schuldner geltend gemacht worden sei. Da es von ihm abhänge, ob er sich überhaupt auf die Compensation berufen wolle, so müsse es auch von ihm abhängen, welche seiner Forderungen er als durch Compensation getilgt ansehen wolle."

Diese Meinung hat Windscheid früher zusammengefasst dahin:

„Hat der Gläubiger mehrere Forderungsrechte gegen den Schuldner, so steht dem Schuldner (Beklagten!) die Wahl zu, falls von ihm Leistung gefordert, dem Gläubiger, wenn ihm Leistung angeboten wird."

Von der Windscheids'chen Afficierungstheorie betreffs des ipso iure compensari geht für unsere Frage auch Brinz, Pandekten II Auflage, 2, 1, Seite 427 aus. Seinem strengen Festhalten an der Gültigkeit des Vergleiches der Compensation mit dem Ausgleichen und Abwägen auf einer Waage gemäss kommt jedoch Brinz zu dem Resultate, dass in jedem Falle die Compensationseinrede nur dann zu gestatten sei, wenn die Forderungen des Beklagten in ihrem Gesamtbetrage grösser sind als die nicht eingeklagten Forderungen des Klägers.[1])

Das heisst, in unsere Terminologie aufgelöst: Prinzipiell hat ein Wahlrecht der einfache und der mehrfache Gläubiger: dem einfachen oder mehrfachen Schuldner steht es jedoch dann zu, wenn seine Forderung oder seine Forderungen ihrem Betrage nach zusammen höher sind, als die nicht in compensationem gestellten Forderungen des Gläubigers. Eine eigentümliche Auflösung!

---

[1]) Vergl. Kaiser a. a. O., S. 34.

§ 7.

Kritik der absoluten Theorien und Resultate.

Wie man gesehen haben wird: alle diese Theorien, mögen sie nun die Aufrechnung wirken lassen vom Moment der Coexistenz der beiden Forderungen an, oder erst ope exceptionis mit rückwirkender Kraft auf diesen Moment hin, führen zu dem in der Hauptsache gleichen Ergebnisse für die vorliegende Frage. Sie müssen grundsätzlich — auch Brinz, was bei seiner Lösung nicht ohne weiteres in die Augen springt — ein Wahlrecht ausschliessen, müssen es aber alle wieder heranziehen, sobald ein gleichzeitiges Entstehen mehrerer Forderungen in Frage kommt. Einen Beweis dafür zu erbringen, dass diese Theorien verfehlt sind, dürfte sich hier erübrigen. Sowohl Theorie als auch Praxis haben sich längst von ihnen abgewandt. Schon Schwanert (S. 10) hält ein Eingehen auf diese Beweise wenigstens für die Tyndarsche Lehre nicht mehr für nötig. Vergl. z. B. Ubbelohde ipso iure comp. S. 30 ff. 1835. Hier wie überhaupt auch für die folgenden Paragraphen sei auf Kaiser a. a. O. verwiesen.

Im einzelnen gewinnen wir folgende Resultate:

Ist es nicht möglich, dass bei successivem Entstehen die Forderungen erlöschen, eine jede in dem Momente, in welchem sie entstanden oder fällig wurde, oder dass zwar ope exceptionis die Aufrechnung erst wirke, aber die Wirkung auf den Moment der Coexistenz der beiden Forderungen zurückbezogen werde, so fallen auch die aus dieser Annahme gezogenen Consequenzen.

Die Forderungen bestehen trotz der Möglichkeit der Compensation gegeneinander fort.

Die älteren Theorien versagen vollständig in den Fällen, in welchen auf einer Seite bereits mehrere Forderungen vorhanden waren oder auf beiden Seiten zugleich entstanden. Eine consequente Durchführung ist nicht möglich; man ist auf Seitensprünge angewiesen. Denn ein Wahlrecht lässt sich aus diesen Theorien überhaupt nicht ableiten, steht sogar an und für sich im Widerspruch mit ihnen.

Ferner:

1. Einig ist man sich auf diesen Seitenwegen nur über einen Punkt; dass dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, wenn er Beklagter ist und mehrere Gegenforderungen hat. Noch enger jedoch Brinz a. a. O.

2. Krugs Entscheidung, welche dem Gläubiger das Wahlrecht gibt, weil die compensatio eine Selbstzahlung des Gläubigers sei, ist als verfehlt zurückzuweisen. cf. Dernburg, Anm. 3, S. 550.

3. Zu ähnlicher Entscheidung kommt Dernburg auf anderem Wege. Dernburg hat zunächst nur den Fall im Auge, dass auf der Seite des Schuldners nur eine Forderung vorhanden ist, während auf der Seite des Gläubigers mehrere Forderungen stehen. Bei Dernburg tritt uns schon ein sehr korrekter Gedanke entgegen, der uns weiterhin oftmals beschäftigen wird, dass nämlich

der mehrfache Schuldner kein Wahlrecht haben soll. (Der erste Kern hierzu liegt schon in dem unter 1 gesagten.) Es hätte allerdings die Dernburgsche Auffassung einer grösseren Präzisirung bedurft, da man jetzt leicht zu der Ansicht kommt, Krugs und Dernburgs Enscheidungen seien dieselben, was absolut nicht der Fall ist. Denn:

Der Satz Dernburgs: Für den Fall, dass sich von beiden Seiten mehrere Forderungen gegenüberstehen, hat der Gläubiger von jeder Seite das Recht, die zu bestimmen, welche sich mit der Forderung des Gegners deckt — führt geradenweges schon auf den Grundsatz der Prävention hinaus, den wir ebenfalls weiter unten erörtern müssen. Will man dieses nicht annehmen, so müsste man auf eine compensatio compensationis hinauskommen, die hier ein Unding wäre.

Es ist aber nicht zu vergessen, dass Dernburg diese Theorie, die sich, wie wir sehen werden, ausserhalb dieser Seitenwege zur herrschenden durchgerungen hat, nur als Reservetheorie heranzieht für den Fall, dass das Moment der Coexistenz der Forderungen eben versagt. Aus den Dernburgschen Ausführungen ergiebt sich, dass eine Unterscheidung zwischen Schuldner und mehrfachem Schuldner unumgänglich notwendig ist. Macht man sie nicht, so ist es ja völlig gleichgültig, ob man dem Gläubiger oder dem Schuldner die Wahl giebt. Somit käme jede Entscheidung auf einen Grundsatz der Prävention hinaus, der aber in dieser Allgemeinheit verfehlt wäre.

4. Einen anderen Weg schlugen diejenigen ein, welche für die Compensation eine Analogie mit der Zahlung beanspruchen.

Dass man die Compensation als eine Zahlung aufgefasst hat ist zum mindesten sehr erklärlich. Sie ist jedenfalls eine Entbindung (sic solutio!) von dem Schuldverhältnisse, mag man auch sonst nach Begriff und Wesen Unterschiede beider Institute aufstellen, ja die Aufrechnung als ein Rechtsinstitut völlig selbstständiger Natur bezeichnen, es bleibt immer praktisch, der Zahlung analoge Grundsätze zur Anwendung zu bringen [1]) Freilich muss man sich dann vor Entgleisungen umsomehr hüten, was, wie wir sehen werden, dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht immer gelungen ist.

Dernburg (d. Comp. S. 551, 552) leugnet die Anwendbarkeit der Grundsätze der Zahlung, demgemäss auch ein allgemeines Prinzip, das den Gläubiger hier verpflichte, zuerst auch die den Schuldner drückendere Schuld abzurechnen (Anm. 1. S. 551.)

Dernburg sagt dann weiterhin:

„Die Compensationseinrede entsteht nun ebenfalls nicht durch Tätigkeit des Schuldners, ihre Zuständigkeit beginnt mit der Existenz der Gegenforderung, wenn sie auf erst durch

[1]) Vergl. für Litteratur Anm. 3 S. 25. Ferner die Übersicht und Ausführungen bei Hartlaub: Der Solutionsgedanke bei der Kompensation. Diss. Freiburg 1902, besonders Seite 13 ff, 25, 28 ff, 36 ff, § 13 über ipso iure compensatur und als Consequenz daraus für den Solutionsgedanken § 14.

den Antrag des einen der beiden Teile ins Leben tritt. Es sind also die Grundsätze der Zahlung gleichfalls unanwendbar."

Das ist m. E. keine begründete Widerlegung, sondern eine Ablehnung, welche den Standpunkt der älteren hier verworfenen Theorie als richtig voraussetzt. Ausserdem könnte man unmittelbar fortfahren: Tritt sie aber durch den Antrag eines der beiden Teile ins Leben, so ist sie einer Zahlung gleich zu achten. Dann aber ist, wie Dernburg selbst sagt, „Zahlung ein Akt, der vom Schuldner ausgeht und durch seine Willensrichtung die Direktion erhält, und deshalb ist hier sein wirklicher oder präsumtiver Wille entscheidend."

Dernburgs Beispiel vom Pfandverkauf aber scheint mir keineswegs das natürliche, sondern geradezu ein sehr unnatürliches Verhältnis zu bezeichnen. Dadurch, dass Dernburg dieses Beispiel hier hineinbringt, kann man zu der Vermuthung kommen, dass Dernburg trotz Anm 3, S. 550 doch nicht so ganz weit von der Krugschen Auffassung als einer Selbstzahlung entfernt ist.[1])

Die Dernburgschen Einwände, die sich überhaupt gegen die Heranziehung der Zahlungsgrundsätze richten, scheinen mir demnach belanglos zu sein.

Für die Compensation hat sich nun aus der Verwendung dieser Analogie ergeben:

Grundsätzlich hat der Schuldner das Wahlrecht, es geht aber auf den Gläubiger über, wenn der Schuldner hiervon keinen Gebrauch macht. Dass der Gläubiger wählen soll, wenn der Schuldner dieses verpasst, ist nicht mehr als recht und billig.

Wie gesagt, einen Sinn hat dies alles nur, wenn man eben unter dem Schuldner den mehrfachen Schuldner versteht. Selten ist dieses klar und präcise hervorgehoben, woher denn manchmal die besten Argumentationen belanglos erscheinen; es ist nicht oft genug zu wiederholen, dass wir diese Annahme überall unterschieben müssen. Leonhard hat diese Unterscheidung fast völlig ausser Acht gelassen, was ihm Goldschmidt mit Recht zum Vorwurfe macht. Vergl. Anm. 101 und 106.

Die Dernburgsche Auffassung ist trotz allem die klarste und gerechteste. Der mehrfache Schuldner hat kein Wahlrecht, wohl aber natürlich Kompensationsrecht; sind auf beiden Seiten mehrere Forderungen in compensatione, so entscheidet die Prävenienz. Schade nur, dass Dernburg seinen Standpunkt in Pand., 6. Aufl., S. 179/180 erweitert hat. Hiernach hat auch schon der mehrfache Schuldner ein Wahlrecht. Ich halte jedoch die obig dargestellte Meinung Dernburgs für die für ihn massgebende. Die Pandekten enthalten eine weitere Begründung nicht. Gegen diese Erweiterung ist nur alles das zu sagen, was gegen ein Wahlrecht auch des mehrfachen Schuldners spricht.

Zu besprechen bleibt noch die Ansicht Windscheids über die vorliegende Frage.

---

[1]) Vergl. Ehrlicher a. a. O., S. 8.

Die Windscheid'sche Auffassung des ipso iure compensari hat keinen Anklang gefunden. Die Kritik (cf. Schwanert, Dernburg) hat sich viel mit ihr beschäftigt und verhält sich ablehnend.

Sagt Windscheid: Hat der Beklagte mehrere Forderungen gegen den Kläger, so hängt es von seiner Bestimmung ab, welche derselben zur Compensation verwendet werden solle — so liegt auch darin jene erwähnte Unterscheidung: der mehrfache Schuldner hat keinerlei Wahlrecht. Trotzdem sehen wir hier einmal recht klar ein Bild der herrschenden Verwirrung — denn allem Anscheine nach soll sich das gewonnene Resultat verstehen aus der Stellung der Parteien im Prozesse, nicht aus der Stellung des mehrfachen Schuldners überhaupt.

Spricht auch der wenigstens frühere Windscheid'sche Ausgangspunkt, es müsse dem Schuldner freistehen, ob er die Forderungen, welche er seinerseits gegen den Gläubiger hat, überhaupt zur Compensation bringen will, keine Analogie mit der Zahlung aus, so ist das im Grunde einerlei, denn auch dieser Ausgangspunkt lässt sich am besten durch die Analogie mit der Zahlung begründen.

So glänzend die Windscheid'schen Sätze sich ansehen, so wenig neues können sie bieten. Windscheid erkennt nur die gerichtliche Compensation als voll an und giebt nun zu, dass der Beklagte der mehrere Forderungen hat, wählen kann, welche derselben zur Compensation verwendet werden soll, das heisst, der mehrfache Schuldner hat ein Wahlrecht auch nicht als Kläger. Als Beklagter kommt er hier nicht in Betracht; dieser Fall ist bereits oben erledigt. (Ausserdem hat er selbstverständlich die Compensationseinrede, falls nicht der Kläger cum compensatione klagt, denn die Praxis hat sich dahin entschieden, dass eine compensatio compensationis dem mehrfachen Gläubiger nicht zu geben sei. Darüber an anderer Stelle.)

Sonst sind auf jeder Seite mehrere Forderungen in compensatione. Da ist also jeder Teil Gläubiger und Schuldner mehrfach. Unter dem Gläubiger ist nun bei Windscheid der Kläger, unter dem Schuldner der Beklagte zu verstehen. Sonach heisst dies weiter nichts als:

Es steht in der Hand des beklagten Schuldners, ob er von seiner Compensationseinrede Gebrauch machen will oder nicht, anders ausgedrückt, wie Windscheid es früher selbst gesagt hat, es kann keine Partei der anderen eine Compensationseinrede aufdrängen, welche diese nicht geltend machen will — und das ist selbstverständlich oder wenigstens für die vorliegende Frage belanglos.

In der Windscheid'schen Entscheidung liegt also ebenfalls nichts weiter als jener richtige Grundsatz der Prävenienz. Wer als Beklagter die Compensationseinrede vorbringt, dringt mit ihr durch; der Kläger musste cum compensatione klagen, um sich zu sichern.

Um aber zu diesem Resultate zu kommen, hätte es jener verwirrenden Casuistik nicht bedurft.

Für die Widerlegung der völlig isoliert stehenden Theorie von Brinz sei verwiesen auf die in diesem Falle überall zutreffenden Ausführungen von Kaiser a. a. O., S. 34 ff, jetzt auch Ehrlicher, § 6, a. a. O.

§ 8.

Die neueren Theorien.
Darstellung und Kritik.

Wie bekannt, sind nun aber diese älteren Compensationstheorien nicht allein nicht die einzigen, sondern auch von Wissenschaft und Praxis längst überholt.

Theorien über Theorien, teils vermittelnd teils auf einem schroff entgegengesetzten Standpunkte sind aufgestellt, verworfen und wieder entstanden. Es soll nun auch hier unsere Aufgabe sein, eine Darlegung der wichtigsten Ansichten zu geben und zu zeigen, welche Consequenzen für die vorliegende Frage sich unseren Schriftstellern ergeben haben. Die Ansicht, dass das Moment der Coexistenz für die Aufrechnung massgebend sei, wird verworfen und man sucht (cf. Goldschmidt, S. 41) eine Theorie des Wahlrechtes zu finden, die unabhängig von dem als falsch erkannten Prinzipe beiden Teilen gerecht wird.

Hier sind vorzüglich zu nennen Arndts, Schwanert, Eisele. Vergl auch Leonhard.

Meiner Ansicht nach ist an dieser Stelle die Darstellung Goldschmidts verfehlt oder wenigstens unübersichtlich. Verfolgten wir oben die älteren Theorien auf ihren Seitensprüngen, so muss allerdings zugegeben werden, dass wir bei ihr dort schon drei Stichworte hervortreten sahen, die jetzt noch mehr in den Vordergrund treten werden: mehrfacher Gläubiger, mehrfacher Schuldner, Prävenienz. Die folgende Darstellung wird ergeben, dass diese drei Worte auch die Parolen der anderen Lager sind. Man muss aber nicht vergessen, dass der gewählte Ausweg eines Wahlrechtes oben nur als ein ultimum refugium erscheint, das mit dem eigentlichen Prinzipe absolut nichts zu tun hat, während hier diese drei Worte das jeweilige Prinzip selbst in sich fassen. Man kann also deswegen die beiden Gruppen der Theorien nicht durcheinanderwerfen und gemeinsam behandeln. Vor allen Dingen aber ist mir unerklärlich, wie Goldschmidt auch für die Theorien, welche wir jetzt zu behandeln haben werden, annehmen kann, dass die betreffenden Bestimmungen nur für den Fall eines gleichzeitigen Entstehens mehrerer Forderungen hier oder dort sollten anwendbar sein. Ich meine, gerade weil sich diese Theorien lossagen von jener Annahme der Affection etc. in bestimmtem Zeitpunkte, sollen die hier gewonnenen Resultate immer anwendbar sein, einerlei wie immer die Forderungen

entstanden sein mögen.[1]) Weil diese Theorien zu denselben Resultaten kommen, deswegen beide Gruppen zu vereinigen, ist mindestens ebenso falsch, wie mit Leonhard einzuteilen nach den Meinungen derer, die dem Schuldner das Wahlrecht geben und derer, welche die Grundsätze über die Anrechnung von Zahlungen für massgebend erklären, was Goldschmidt (Anm. 101 und 106) so scharf rügt.

Insofern ist Goldschmidt allerdings zuzustimmen, als er die Theorien auf dieser Seite nur unter dem negativen Gesichtspunkte der Ausschaltung des Coexistenzmomentes zusammenfasst.

Das Schema ist also folgendermassen:

I. Theorien mit Aufhebung bei Coexistenz.
   Als Aushülfe in genannten Fällen:
   a) Wahlrecht des mehrfachen Schuldners.
   b) Wahlrecht des mehrfachen Gläubigers.
   c) Prävenienzgrundsatz.

II. Theorien anderer Art.
   a) Wahlrecht des mehrfachen Schuldners.
   b) Wahlrecht des mehrfachen Gläubigers.
   c) Prävenienzgrundsatz.

Ich beginne hier mit Arndts, der wie Windscheid nach jener Seite, eine Art von Mittelstellung nach dieser Seite hin einnimmt. Arndts, Pandekten S. 457 ist im grossen und ganzen der gehörten Windscheid'schen Meinung. Bei ihm aber ist diese Auffassung consequent, da er im Gegensatze zu Windscheid auf dem Standpunkte steht, dass an sich das gleichzeitige Bestehen gleichartiger Forderung und Gegenforderung keine von beiden aufhebt.[2]) Weiter ist hier zu erwähnen die vorzügliche kleine Schwanert'sche Schrift.

Schwanert[3]) schliesst sich an Wieding: Der Justinianische Libellprozess S. 210 an, und versteht unter jenem ipso iure compensatur: Die Zulässigkeit des Vorbringens der Compensationseinrede auch nach der litis contestatio. Es ist dies, wie man sieht, ein weit anderer Standpunkt, der die Streitfrage vom Gebiete des materiellen Rechtes in das formelle zu ziehen sucht. Ein Compensationsvorbringen des Beklagten ist nicht nur vor der litis contestatio möglich, sondern kann auch in jedem Stadium

---

[1]) cf. Ehrlicher, a. a. O., S. 12, 13, der richtig unterscheidet, eine scharfe Trennung aber auch unterlässt.

[2]) Vergl. Arndts, S. 457: „Von dem Gläubiger, der zugleich Schuldner seines Schuldners ist, hängt es ab, ob er seine Forderung ganz oder mit Abzug der Gegenforderung des Schuldners einklagen will: ebenso hängt es von dem Schuldner, der zugleich Gläubiger seines Gläubigers ist, ab, ob er von dem letzten auf den ganzen Betrag seiner Schuld belangt, seine Gegenforderung durch Aufrechnung geltend machen oder, sofern sie klagbar ist, der Verfolgung durch besondere Klage vorbehalten will Daher denn auch der Belangte von mehreren Gegenforderungen nach seiner Wahl die eine oder die andere oder mehrere, die Gegenforderung seines Mitschuldners aber nicht ohne dessen Zustimmung in Aufrechnung bringen kann."

[3]) Vergl. Schwanert, S. 28 ff.

des Prozesses geschehen. (Eisele S. 191.) Zustimmend Muther, Krit. Vierteljahrsschrift. Bd. XV. 186. Ein aussergerichtliches Anerbieten ist zugelassen.

Die interessanten Folgen dieses Resultates zieht Schwanert für unsere Frage selbst.

Wiederum wie Windscheid u. A. stimmt Schwanert, gestützt auf L. 5. D. h. t. der Behauptung zu, dass der Beklagte der Forderung des Gegners die Einrede der Compensation auf Grund der einen wie der anderen Forderung entgegensetzen könne. Darüber hinaus aber kann er nach Schwanert sogar unter Angebot der einen Forderung zur Compensation als Kläger wegen der anderen Baarzahlung einklagen, sogar auch ganz ohne Process durch Angebot der Compensation mit der einen Forderung die andere von der sonst zu fürchtenden Einrede befreien.

Sind also auf beiden Seiten mehrere Forderungen, so entscheidet die Prävention; sonst aber hat hiernach der mehrfache Gläubiger ein ausgedehntes Wahlrecht. Der „er" der obigen Sätze ist niemand anders und kann niemand anders sein, als unser „mehrfacher Gläubiger" — für dessen Wahlrecht sich auch schon Dernburg entschied. Dieses scheint aber Schwanert selbst gar nicht einmal zum Bewusstsein zu kommen, da er fortwährend vom Wahlrechte des Schuldners redet. [1])

[1]) Es lohnt sich, kurz auf die näheren Ausführungen Schwanert's einzugehen: Cf. S. 72 ff.

„Das Angebot muss auf eine bestimmte Forderung gerichtet sein, eine allgemeine Erklärung genügt nicht, die Offerte schliesst das Recht des Gegners, aber auch nur des Gegners aus, der Offerent kann anderweitig compensiren". Für die Ausschliesslichkeit des Angebotes zur Compensation Bezugnahme auf L. 13. D. de comp. (Ulp. lib. LXVI ad edictum)

Quod Labeo ait, non est sine ratione, ut si cui petitioni specialiter destinata est compensatio in ceteris non obiiciatur —

wobei destinare wörtlich als ein Bestimmen der Forderung zur Compensation genommen wird. Daraus folgt nun: „Hat ein mehrfach Forderungsberechtigter eine seiner Forderungen zur Compensation gegen die Gegenforderung in der gedachten Weise bestimmt, und fordert nun für seine andere Forderung Baarzahlung, so kann dieser letzteren Forderung von Seiten des Beklagten jene Gegenforderung nicht compensando entgegengehalten werden". Demgemäss hat der „Schuldner" einerlei ob als Kläger oder Beklagter, einerlei ob vor oder während des Processes die Möglichkeit einer festen Sicherung seines Compensationsrechtes. Dieser Schuldner ist in der vorliegenden Arbeit der „mehrfache Gläubiger". — „Da die Möglichkeit ex eadem causa zu compensiren, die compensatio ex alia causa (?. cf. Kapitel III dieser Arbeit) ausschliesst, so ergiebt sich, dass an obigem nichts geändert wird, wenn von den mehreren Forderungen, die auf einer Seite stehen, die eine mit der Gegenforderung ex eadem causa originirt". —

Die auch in dieser Arbeit erwähnte Differenz zwischen Fuhr und Dernburg erledigt sich hier nach Schwanert S. 74 dahin: „Klagt der mehrfach Berechtigte aus einer Forderung, ohne seinerseits Compensation mit der anderen anzubieten, so steht es in der Hand des Beklagten, ob er gegen die geltend gemachte oder gegen die andere Forderung compensiren will; klagt er cum compensatione oder hat er schon vorher Compensation mit der anderen Forderung angeboten, so steht dem Beklagten nicht mehr die Wahl, also nicht die Compensationsbefugnis gegen die erhobene Forderung zu". —

Ebendies gilt auch gegen Windscheid „für den Fall, wo der mehrfach Berechtigte klagend auftritt". — Schwanert giebt Windscheid Recht, wenn dieser dem Empfänger der Zahlung ohne weitere Bezeichnung die Compen-

Alles, was nun bei jenen älteren Theorien über ihr aushülfsweises Wahlrecht gesagt worden ist, kommt auch hier wieder in Betracht; es bedarf keiner Wiederholung. Die Schwanert'sche Auffassung von der Zulässigkeit der Compensationseinrede als Bedeutung des ipso iure compensatur und vor allen Dingen die Zulassung des aussergerichtlichen Anerbietens geben eine Ergänzung des bisher gefundenen, wenn auch zugegeben werden muss, dass die rein processuale Auffassung der Streitfrage wohl nicht die richtige ist.

Es kann also durch ein aussergerichtliches Angebot die Compensation auf eine Gegenforderung fixirt werden.

Gewiss müsste an und für sich hierin ein Fortschritt gesehen werden; aber diese Meinnng wird illusorisch, sobald wir dann weiter hören, dass der andere Teil nun an diese Fixirung absolut gebunden sein soll, während der Fixirende selbst immer noch die Wahl haben soll, seine Compensationsverfügung zu ändern. Kommen wir damit auch zur Möglichkeit einer festen Sicherung des Compensationsrechtes, so müssen wir dennoch gestehen, dass diese Gebundenheit des mehrfachen Schuldners gegenüber der allzufreien Position des mehrfachen Gläubigers auch hier wiederum, wenn auch processual vielleicht bequem, doch keineswegs der Billigkeit entspricht. Zufriedenstellend könnte eine derartige Lösung daher auch niemals gewesen sein.

Die Auffassung Schwanerts nähert sich der Auffassung Eisele's, bei welchem wir endlich einmal klar und deutlich den Grundsatz der Prävention ausgesprochen finden.

Eisele bietet inbetreff der Streitfrage über das ipso iure compensari keine neue Auffassung. Er nimmt die Auffassung des Azo auf, welche vor Geltendmachung der Aufrechnung beide Forderungen völlig unberührt und alle Wirkungen der Aufrechnung erst mit und in Folge ihrer Geltendmachung eintreten lässt Vergl. Ohnsorge in Iherings Jahrb. 20. S. 294. Eisele S 288. Dieser Auffassung Azo's sind auch Hasse, Puchta, ähnlich auch v. Scheurl und Brinz, der freilich diese seine Auffassung, wie wir gesehen haben, für unsere Frage nicht zu Grunde gelegt hat.

Es ist dieses die Auffassung, die wohl am meisten Boden gewonnen hat und gemeinrechtlich am weitesten anerkannt ist.

Eisele geht nun folgendermassen vor: (Vergl. p. 365 ff.)

Da mit und in Folge der Geltendmachung der Aufrechnung erst ihre Wirkungen eintreten, so ergiebt sich als selbstverständlich, dass der Beklagte an und für sich das Recht hat, gegen jede der Gegenforderungen zu compensiren. Vergl. oben Dernburg, Windscheid etc. etc.

Vorausgesetzt nun, dass der Gläubiger der mehreren Forderungen eine derselben eingeklagt hat, so folgt aus obigem, dass

---

sationswahl giebt, schliesst aber gegen Windscheid weiter, dass ebensogut der Zahlende bei der Zahlung bestimmen kann, für welche Forderung seine Zahlung gelten soll. „Dadurch reservirt er sich dann nach seiner Wahl für die anderen die Compensation."

der Beklagte jetzt die Compensationseinrede vorbringen kann und eine replica compensationis ausgeschlossen ist.[1])

So will also Eisele grundsätzlich die Prävention entscheiden lassen. Hier hat der mehrfache Schuldner ein Wahlrecht, er muss jedoch zuvorkommen.

Aus Windscheid § 349 schliesst Eisele mit Recht eine absolute Gleichberechtigung auf beiden Seiten. An angeführter Stelle heisst es nämlich: „Der Gläubiger (hier Kläger und „mehrfacher Gläubiger") hat ein Recht, mit jeder seiner Forderungen gegen die Forderung des Schuldners zu compensiren, aber es ist nicht minder wahr, dass der Schuldner ein Recht hat, mit seiner Forderung gegen jede Forderung des Gläubigers zu compensiren! — Will man aber eine absolute Gleichberechtigung der Parteien durchführen, so darf man nicht allein, wie hier geschehen, die Befugnisse beider abwägen und gleichstellen, sondern muss das Parteiverhältnis so dirigiren, dass auch die Folgen der beiderseitigen Handlungen auf Grund jener Befugnisse keine Partei benachteiligen, was nach obigem für den mehrfachen Gläubiger stets der Fall sein würde. Zwar, die Prävention soll entscheiden, damit sich eben jeder schützen kann, aber diese Entscheidung ist eine allzustarke Waffe in der Hand des mehrfachen Schuldners.

„Daraus" — fährt Eisele fort — „dass Kläger gegen die Forderung des Beklagten mit seiner Forderung (älteren, jetzt aber nicht eingeklagten) compensiren konnte, folgt mit nichten eine Bindung des Beklagten, mit seiner Forderung nun gegen jene ältere Forderung compensiren zu müssen".

„Ebenso ist es, (cf. S. 367) wenn Beklagter mehrere Gegenforderungen hat und Beklagter compensirt. Hatte hier der Beklagte ein Interesse daran, dass gerade diese bestimmte seiner Forderungen zur Compensation gelange, so musste er eben dem Kläger mit Klage oder einseitiger Compensationserklärung zuvorkommen. Hat in diesem Falle der Kläger nicht compensirt, so hat Beklagter einfach die Wahl, mit welcher seiner Gegenforderungen er compensieren will".[2])

Soweit Eisele.

Man könnte schon in der Ansicht Leyser's in Meditt. Spec. 173 med 10. Si plures debeantur summae, in quam ex eis compensatio facta censeatur etc einen Anklang an diese Theorien finden, wo gestützt auf arg. l. 1. de solut. demjenigen die Wahl

---

[1]) Denn: „Wenn dem Kläger daran lag, mit einer anderen der ihm zustehenden Forderungen gegen die Forderung des Beklagten zu compensiren, so konnte er, falls diese Forderung grösser war, dieselbe cum compensatione einklagen, unter allen Umständen aber seinen Compensationswillen dem Gegner gegenüber einseitig erklären. Dadurch ist dieser völlig gebunden (vergl. Auffassung des ipso iure compensatur) weil er diese Erklärung als Befriedigung ansehen muss". — Hier stützt sich Eisele auf die Praxis: Seuffert XIX. 141—144. —

[2]) Eine Ausnahme macht Eisele für Forderungen ex eadem causa. Hier müsse jede Partei eine anderweitige Compensation ablehnen dürfen, da die eadem causa ein objectives Band zwischen Forderung und Gegenforderung bilde. Dazu vergl. Kap. III dieser Arbeit.

zugesprochen wird, der gleich anfangs (?) sich darüber erklärt habe. Vergl. Krug S. 137 Anm. 290 a. E.

Die Auffassung Eisele's ist also — und dazu vergl. Dernburg's Ansicht nach seinen Pandekten —:

Strikteste Durchführung des Prävenienzgrundsatzes mit der herben Consequenz eines Wahlrechtes auch des mehrfachen Schuldners.

Was dagegen einzuwenden ist, ist bereits gesagt. Betont sei hier nur noch, dass Eisele durch diese seine Auffassung notwendigerweise die Zulässigkeit einer aussergerichtlichen Erklärung wie auch Schwanert anerkennt.[1])

Erwähnt sei hier schliesslich noch die Auffassung von Siber a a O. S. 66. Siber leugnet entgegen Eisele (S. 226 f.) bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen eine „Multiplication der Exceptionswirkungen" und meint, dass das verschiedene Alter der beiderseitigen Einreden (also vollkommen processuale Auffassung) für Eintritt des Compensationszustandes massgebend sei. Soweit sich also auf diesem Wege eine Fixirung der Forderungen pro tempore ermöglichen lässt, giebt es überall kein massgebendes Wahlrecht; erst darüber hinaus bei gleich alten Exceptionen entscheidet die Prävention, und zwar die der Einrede, nicht die der Klage. Das sieht auf den ersten Anblick aus wie eine absolute Theorie, die prinzipiell kein Wahlrecht giebt und sodann bei gleichzeitig entstandenen Forderungen jedem, also auch dem mehrfachen Schuldner einredeweise ein Wahlrecht giebt. Ich glaube jedoch nicht, dass Siber seine Theorie selbst als eine absolute angesehen hat. Sieber leistet nämlich seine Ansicht nicht unmittelbar aus einer Afficirungstheorie ab, sondern sagt nur, dass bei verschiedenem Alter der beiderseitigen Einreden, der Compensationszustand aus der jüngeren durch Wegfall[2]) der älteren aufschiebend bedingt sei. Das aber schliesst eine wirkliche Fixirung bei Coexistenz aus; und damit ein ipso iure compensatur. Immerhin eine seltsam stehende Theorie, deren Unterbringung in unser Schema zweifelhaft sein kann.

Ich habe im vorstehenden ein Bild zu geben versucht von den mannigfachen Ansichten lediglich über die Frage, wem im Falle des Vorhandenseins mehrerer Forderungen das Wahlrecht zusteht und habe Wert darauf gelegt zu zeigen, wie ziemlich auf der ganzen Linie die jeweilige Ansicht eine Ableitung ist aus der

---

[1]) Vergl. im übrigen Kaiser a. a. O. § 12. A. M. Ehrlicher a. a. O. Seite 12.—

[2]) Vergl. dazu Siber S. 66: „Wegfall aber findet nur statt, wenn beide Parteien auf ihre ältere Einrede verzichten. Ein Verzicht liegt ausser in einer Vereinbarung oder Erfüllung auch in einem Parteiverhalten während des Prozesses, das dem zurückkommen auf die ältere Einrede präkludiert; auf Seiten des Klägers in der Klage aus der älteren Forderung (? ?), auf Seiten des Beklagten in der Versäumung der Einrede bis zur litis contestatio, sowie in der Berufung auf die jüngere". Im letzteren Falle also die Möglichkeit eines Wahlrechtes auch des mehrfachen Schuldners. Dagegen nach Siber freilich replica compensationis, aber keine repl. comp. factae, die allein die absolute Theorie rechtfertigen würde. Cf. dazu Kapitel III.

Ansicht über das ipso iure compensatur.[1]) Es liegt darin ein Beweis dafür, dass die überall im Hintergrunde stehende grosse Streitfrage doch nicht so ganz ohne jede praktische Bedeutung ist, wie man ihr dieses wohl nachgesagt hat. Vergl. z. B. bei Schwanert S. 7: Ubbelohde; ipso iure compensari. 1850. S. 35, 36.

Kehren wir nun wieder zu Goldschmidt zurück. Den Ausführungen Goldschmidts. Seite 41, Zeile 12 bis Seite 44 Zeile 9, sowie Seite 45 Absatz 2: „Alle diese Nuancen" bis — „im gemeinen Rechte" ist völlig zuzustimmen. Ja, ich glaube, man geht nicht zu weit, wenn man behauptet, wie dieses oben schon teilweise angedeutet, dass diese Theorien, im Grunde auf eine Theorie, die Präventionstheorie hinauslaufen; nur für den Fall, in dem ein mehrfacher Schuldner einem einfachen Schuldner gegenüber in Betracht kommt, ist man sich über das Wahlrecht nicht einig.

Das Resultat ist nach allem:

Die herrschende Meinung sagt:

Der mehrfache Schuldner hat wohl Aufrechnungsbefugnis, freies Anrechnungsrecht, er ist aber, falls der mehrfache Gläubiger compensirt, an dessen Compensation gebunden; im übrigen entscheidet Prävention.

Ein Widerspruchsrecht des anderen Teiles ist uns im Gemeinen Rechte nicht begegnet.

III. Kapitel.

§ 9.

Die compensatio compensationis (replica compensationis) des Gemeinen Rechtes.

Wir haben im vorigen Kapitel gesehen, dass man gemeinrechtlich betreffs des Wahlrechtes folgende Meinung als die richtige betrachten muss:

1. Der mehrfache Schuldner hat dem aufrechnenden Gläubiger gegenüber kein Wahlrecht.
2. In allen anderen Fällen hat der Schuldner das Wahlrecht; d. h. die Aufrechnung kann jede Partei vornehmen; im Prozesse der Beklagte, falls nicht der Kläger vorher Aufrechnung erklärt hat.

---

[1]) Vergl. dazu ferner z. B. die Darstellung und Auslegung von Hertzberg: Die Aufrechnung des B. G. B. ein merum ius compensationis. Diss. Erlangen 1898. §§ 7 und 8, besonders S. 40 ff. — ferner Leonhard S. 144 ff. — vergl. Ehrlicher § 11. — Leonhards Theorie ist nicht so selbstständig, wie sie Ehrlicher hinstellt, sie ist vielmehr völlig von der Eisele'schen Theorie abhängig.

Diesen Resultaten gemäss hat das Gemeine Recht den Satz aufgestellt:

Compensatio compensationis non datur (replicatio: Dernburg.)

Was ist nun zunächst unter einer compensatio compensationis zu verstehen?

Goldschmidt giebt folgende Definition (a. a. O. Seite 1): „Die compensatio compensationis ist dasjenige aussergerichtliche, einseitige, empfangsbedürftige Rechtsgeschäft, durch welches ein Aufrechnungsgegner gegen eine Gegenforderung, welche gegen eine von mehreren ihm zustehenden Forderungen aufgerechnet worden ist, eine beliebige andere derselben, oder durch welches er seine Forderung, gegen welche der Compensant eine von mehreren ihm zustehenden Forderungen aufrechnete, gegen eine andere derselben aufrechnet".

Diese Definition scheint mir nicht völlig richtig zu sein. Goldschmidt erklärt gleich von Anfang an die compensatio compensationis für einseitig, aussergerichtlich, und hat es von diesem einfach angenommenen Standpunkte aus sehr leicht, den Satz compensatio compensationis non datur als unumstösslich aufzustellen. Zweifellos kann aber eine compensatio als einseitiges Rechtsgeschäft auch im Processe vor sich gehen; manche z. B. Windscheid halten dies ja sogar für den einzig möglichen Weg.[1]) Ist dies aber der Fall, so muss auch dasselbe von einer compensatio compensationis zugegeben werden, die das Widerspiel, das Gegenschach der einfachen compensatio ist.

Es ist mir nicht gelungen aufzufinden, wann und wo das folgenschwere Wort: replicatio compensationis non datur seine Prägung erhalten hat. Die Theorie gebraucht es, soweit ich sehen kann, erst in neuerer Zeit in der Form compensatio compensationis non datur; auch die Praxis (cf. Seuffert a. a. O.) bedient sich dieser Form, die doch meistens nur mit einer replicatio compensationis zu tun haben wird. Und das ist auch nicht falsch, denn die replica (replicatio) compensationis ist die Form der gerichtlichen Geltendmachung einer compensatio compensationis.

Ich stelle also gegen Goldschmidt folgenden Satz auf:

Compensatio compensationis ist der allgemeine Ausdruck für eine Gegenaufrechnungserklärung mit rechtlicher Wirkung kraft des Willens der Partei, nicht etwa kraft Gesetzes; replica compensationis ist ein specieller Ausdruck für den Fall, dass die Gegenaufrechnungserklärung im Processe fällt, dass sie das processuale Gegenschach der einfachen compensatio ist".[2])

---

[1]) Ob die compensatio durch Erklärung im Processe in formellem Sinne zu einer Processhandlung wird oder nicht, ist hier gleichgültig. Die Meinungen sind sehr geteilt. Sogar die völlig entgegengesetzte Formulierung ist aufgestellt worden: die im Process erklärte Aufrechnung ist nur Processhandlung im formellen Sinne. Lippmann, Iherings Jahrbuch a. a. O. 482. Wichtig ist der Streit für die Frage, ob die Processvollmacht zur Abgabe und Entgegennahme der Aufrechnungserklärung ermächtigt. Für Litteratur cf. Neuman, Jahrbuch des deutschen Rechtes I A. Seite 286, II S. 239.

[2]) Vergl. hierzu Ehrlichers Unterscheidung der compensatio compensationis und der replica compensationis. — Nach der hier vertretenen Meinung

1. Goldschmidt scheint zu meinen, dass man für das Wort replica das Wort compensatio gesetzt habe und dass so die zwei Formen der Formel entstanden seien. In den Worten replica compensationis bezieht sich aber offenbar das Wort compensationis nicht auf jene erste geltend gemachte compensatio, sondern auf die compensatio, welche jetzt durch die replica geltend gemacht wird, und diese ganze replica compensationis wird in der anderen Formel durch das Wort compensatio bezeichnet, während hier das Wort compensationis sich auf die zuerst geschehene Aufrechnungserklärung bezieht. Schon daraus ergiebt sich meiner Ansicht nach, dass mit beiden Worten nicht dasselbe gesagt ist, dass vielmehr die compensatio compensationis der allgemeinere, umfassendere Begriff ist, der aber den anderen mit in seine Kreise hineinzieht.[1])

2. Wenn Goldschmidt formell einen Unterschied darin findet, dass die replica compensationis eine Processhandlung, die compensatio compensationis ein Rechtsgeschäft sei, so will das so gut wie garnichts sagen. Man müsste denn behaupten wollen, dass sich nicht jedes Rechtsgeschäft unter der Maske einer Processhandlung vornehmen lasse. Dadurch, dass eine compensatio compensationis zufälligerweise im Processe vorkommt, wird an ihrem Wesen doch nichts geändert.

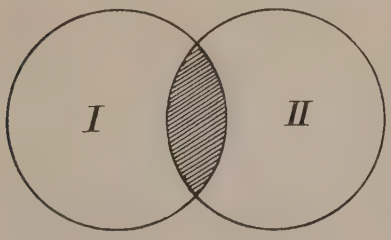
Goldschmidt sagt Seite 5:

„Ist die Aufrechnungserklärung selbst keine Processhandlung und deshalb auch keine Einrede, so kann der Ausdruck „Aufrechnungserklärung gegen die Aufrechnungserklärung" (compensatio compensationis) ebenfalls keine Prozesshandlung bedeuten,

---

ist die replica compensationis nicht weiter (so Ehrlicher Seite 22), sondern enger als die compensatio compensationis.

[1]) Der hier vertretenen Ansicht nach ist die replica compensationis der compensatio compensationis gegenüber begrifflich verselbstständigt. Dem unter 1 gesagten gemäss braucht nun einer replica compensationis gar nicht einmal eine exceptio gerade compensationis vorangegangen sein, es kann dies auch jede exceptio anderer Art z. B. doli generalis etwa als exceptio non adimpleti contractus gewesen sein, während der compensatio compensationis im Process nur eine exceptio compensationis vorangegangen sein kann. Diese replicae compensationis kommen hier aber absolut nicht in Betracht; dass sie dantur ist selbstverständlich. Auf sie bezieht sich unser Rechtssprichwort überhaupt nicht, wie das seine zweite Formulirung comp. comp. non datur beweist. Danach steht das hier gesagte mit dem oben gegen Goldschmidt aufgestellten Satze nicht in Widerspruch. Diese Seite der replica compensationis bleibt im Texte völlig aus dem Spiele. Die herrschende Verwirrung ist sowieso gross genug. Oben ist also nur von der im Sprichwort gemeinten replica comp. die Rede, der eine exceptio compensationis vorangegangen ist.



Das Bild ist folgendermassen: Kreis I bezeichnet die comp. comp. Kreis II die replica comp. — Das Sprichwort behandelt wie diese Arbeit nur den schraffirten Teil der replica. Der nicht schraffirte Teil der comp. comp. liegt, wie sich oben ergeben wird, notwendiger Weise brach; der der replica comp. nach dieser Anwendung nicht.

sondern Erklärung und Gegenerklärung sind aussergerichtliche einseitige Rechtsgeschäfte".

Das ist wohl logisch geschlossen, aber die Prämisse ist falsch. Denn eine Aufrechnungserklärung braucht keine Processhandlung zu sein, kann es aber sein. Der Fehler liegt darin, dass Goldschmidt allem Anscheine nach voraussetzt, die beiden Begriffe sollten sich ihrer ganzen Ausdehnung und Betätigung nach decken. Das ist aber nicht der Fall. Wollte Goldschmidt sich nur dagegen wenden, dass sie dieses nicht tun, so müssten wir ihm Recht geben; denn von dem Standpunkte aus, der ja auch verteidigt worden ist, dass eine Aufrechnungserklärung überhaupt nicht aussergerichtlich vorgenommen werden könne, ist eben eine compensatio compensationis stets eine replica compensationis. Dass sich tatsächlich eine compensatio compensationis eventuell nur als ausführbar erweist (cf. unten), wenn sie als replica compensationis auftritt, kann auch nicht bewirken, dass die andere notwendigerweise brachliegende Seite ihres begrifflichen Anwendungsgebietes nun deswegen von ihrem Begriffe ausgeschlossen werde. Wie Goldschmidt es sich nun unter a Seite 5 erklärt, dass die gemeinrechtliche Theorie trotzdem nach seiner Ansicht den Ausdruck replica compensationis gebraucht habe, ist völlig unverständlich. Dass die Aufrechnungserklärung an sich keine Processhandlung h e d e u t e n könne, wie Goldschmidt etwas weiter oben sagt, ist nach der hier vertretenen Meinung selbstverständlich; dass sie sich meistens in dem Gewande einer solchen präsentirt, giebt Goldschmidt hier selbst zu. Die unter b Seite 6 stehenden Ausführungen müssen hier vorläufig übergangen werden.

3. Nicht alles, sagt Goldschmidt Seite 6 unter 2, was im Process im Wege der Replik gegen die einredeweise geltend gemachte Aufrechnung angeführt werden kann, dient der Wettschlagung einer dritten Forderung gegen die aufgerechnete Gegenforderung. Goldschmidt versucht hier mit wenig Glück den Begriff der replica compensationis nach einer anderen Seite hin auszudehnen, als dies in vorliegender Arbeit Seite 45, Anm. 1 geschehen ist.

„So enthält jede Berufung auf die Unzulässigkeit der Auf-
„rechnung aus einem gesetzlichen Grunde, z. B. weil die ein-
„geklagte Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten
„Handlung entsprungen sei (§ 393 B. G. B Vergl. auch Anm. 6)
„replica compensationis ohne doch eine compensatio compen-
„sationis zu enthalten".

Hier bestätigt sich das, was oben gesagt worden ist. Goldschmidt bezieht das Wort compensationis in dem Ausdrucke „replica compensationis" auf die erste Compensation, was nach oben dargelegter Ansicht falsch ist. Eine derartige Berufung ist eben keine replica compensationis (Kompensationsreplik), sondern — so möchte ich es ausdrücken — eine replica contra compensationem illius im allgemeinen, von der unsere scharf umgrenzte replica compensationis wiederum ein für sich stehender Einzelfall ist, ebenso wie die von Goldschmidt an derselben Stelle heran-

gezogene replica nominis compensandi ein anderer Einzelfall dieser ist.[1]) (Auch im Ausdrucke replica nominis compensandi bezieht sich der beigefügte Genetivus auf den Gegenstand dieser Replik selbst, nicht rückwärts auf eine vorherige hier nur für den Beklagten in Betracht kommende Handlung. Vergl. exceptio compensationis, exceptio doli, replica doli etc. etc. wo überall in dem beigefügten Genetivus die Begründung, der Gegenstand der exceptio oder replica selbst liegt und nichts anderes.)

Demnach ist hier Goldschmidt in dem berechtigten Bestreben, die Aufrechnung völlig von den formalen Vorgängen des Processes abzulösen, der allerdings schwer zu vermeidenden Begriffsverwechselung, vor der er Seite 11 so sorgsam warnt, selbst zum Opfer gefallen.

Es wird also daran festgehalten:

Die replica compensationis im engeren Sinne ist die compensatio compensationis im prozessualen Gewande.

Stellen wir uns nun einmal alle Einzelfälle vor, die nach obigen über das Wahlrecht gewonnenen Resultaten möglich sind.[2])

I. Mehrfacher Gläubiger und mehrfacher Schuldner stehen sich gegenüber.

1. Rechnet der mehrfache Gläubiger auf, so ist der mehrfache Schuldner machtlos; eine compensatio compensationis wäre also ein Unding. Rechnet der mehrfache Schuldner auf — dieses Recht kann ihm nicht genommen werden — so hat er vor dem mehrfachen Gläubiger ein Tempo gewonnen; der Gläubiger ist machtlos. (Vergl. besonders zu diesem Falle die gerechtere Lösung des B. G. B.)
2. Der mehrfache Gläubiger hat geklagt (es kommt natürlich nur der Fall in Betracht, dass er sine compensatione klagt), der Schuldner rechnet auf, der Gläubiger ist machtlos. So auch die Praxis, Vergl. z. B. Seuffert XIX, 141—144. —

   Der mehrfache Schuldner hat geklagt sine compensatione; dann hat hier nur noch der mehrfache Gläubiger Aufrechnungsbefugnis mittels exceptio compensationis; eine compensatio compensationis ist wiederum nicht möglich.

II Auf beiden Seiten sind mehrere Forderungen vorhanden. Der Schuldner hat bezüglich seiner Gegenforderungen im Proceese die Wahl (die anderen Forderungen des Gläubigers sind nicht in compensatione), wenn nicht bei Gelegenheit der Klage der Kläger zuvorgekommen ist.

1. aussergerichtlich Die eine Partei giebt eine Aufrechnungserklärung, diese Prävenienz entscheidet, daher keine compensatio compensationis.

[1]) Ähnlich wie Goldschmidt, Ehrlicher, Seite 22.

[2]) Sehr bequem Kanold, S. 52. Die repl. comp. verschwindet, weil die benutzte Ford. schon durch die Aufrechnungserkl. ihren Bestand verloren hat.

2. gerichtlich. Die eine Partei klagt ohne gleichzeitige Aufrechnung, die andere Partei ergreift demgegenüber die Aufrechnungsbefugnis, diese ist gültig und der Kläger hat keine compensatio compensationis, hier replica compensationis zu nennen. Die eine Partei klagt mit gleichzeitiger Abgabe einer Aufrechnungserklärung nach einer bestimmten Richtung, Die andere Partei hat ihr Recht verloren. Daher keine compensatio compensationis.

In dieser Darstellung sind alle möglichen Fälle enthalten. Wir sehen, eine compensatio compensationis ist nirgends gegeben.

Wir können es also als Grundsatz festhalten:

compensatio compensationis non datur.

Die Theoretiker gehen über die vorliegende Frage meist ziemlich schnell hinweg; vielleicht deswegen, weil sie in der compensatio compensationis eben oft nur eine replica compensationis sahen und die Frage demgemäss in das Prozessrecht verweisen. So erwähnt sie z B. Dernburg nur in einer Anmerkung.[1])

Denn: Hatte man einmal die Notwendigkeit eines Wahlrechtes anerkannt, so konnte die Frage nach einer compensatio compensationis allerhöchstens noch im Prozesse wirksam werden, in allen aussergerichtlichen Fällen ist sie ein Unding. Die älteren Theoretiker haben denn auch den Ausdruck compensatio compensationis überhaupt vermieden; er findet sich, soweit ich sehen kann, nicht bei Krug, nicht bei Dernburg, nicht bei Eisele; Windscheid giebt ihn in deutscher Uebersetzung, früher sogar mit einem vielsagenden Fragezeichen. Wenn Goldschmidt davon redet, dass oftmals compensatio compensationis,und replica compensationis verwechselt worden seien, so ist das nach hier vertretener Ansicht nicht der Fall. Sowohl bei Krug, wie bei Dernburg, wie bei Eisele, erst recht aber bei Windscheid ist von prozessualer Gegen-

---

[1]) Es sei hier bemerkt, dass die obige Darstellung der Ableitungen sich versteht lediglich aus den in dieser Arbeit als richtig angenommen Resultaten. Ist man dagegen z. B. Anhänger der absoluten Theorien, welche die Aufrechnung wirken lassen vom Momente der Coexistens der Forderungen, so muss man natürlich gegen nicht dementsprechend vorgenommene Aufrechnung eine Replik zulassen, die sich aber nicht als eine replica compensationis darstellt, sondern jener Auffassung des ipso iure gemäss als eine replica compensationis factae. (Also auch hier der Satz: compensatio compensationis non datur!) So verstehe ich z. B. die Windscheid-Kipp'sche Auffassung, Seite 438: „Die Replik der Compensation ist zulässig, wenn sie als Einrede bereits begründet war zur Zeit, wo die eingeklagte Forderung enstanden ist.“ Als replica compensationis factae lässt sie sich unmittelbar aus der Theorie des Afficiertseins der Forderungen ableiten. „Ist dieses nicht der Fall“, fährt Windscheid fort, so ist sie unzulässig, es müsste denn der Gläubiger vor Entgegensetzung der Compensationseinrede dem Schuldner erklärt haben, gegen dessen Gegenforderung mit seiner anderen Forderung compensieren zu wollen.“ Auch dies ist replica compensationis factae, weil eben auch nach Windscheid der mehrfache Schuldner als Beklagter kein Wahlrecht hat. Vergl. dazu Windscheid, S. 438, Anmerkung, 21, 22. Gegen Windscheid im übrigen Kaiser a. a. O. § 10.

Eine ausführliche Darstellung über die frühere Rechtsprechung gibt R G. 66, 266 abgedruckt in J. W. 07, 171, D. J. Z. 06, 427.

kompensation die Rede, und daher der Ausdruck replica compensationis völlig am Platze. Die Gerichtsentscheidungen reden allerdings von compensatio compensationis und das ist auch durchaus nicht falsch, nicht einmal überflüssig.

§ 10.

Die Ausnahmen des Gemeinen Rechts von dem Satze: compensatio compensationis non datur.

Überflüssig wäre es gewesen, wenn das Gemeine Recht von seinem Grundsatze compensatio compensationis non datur keine Ausnahmen zugelassen hätte.

Dies ist aber geschehen; man hat (im preussischen Recht noch in einem dritten Falle) behauptet: compensatio compensationis datur.

1. bei Uebergehung eines konnexen Gegenanspruches.
2. Bei Vorliegen eines entgegenstehenden Aufrechnungsgeschäftes.[1])

Es ist nun hier zu prüfen, ob diese Aufstellung von Ausnahmen zu Recht geschehen konnte.

I. Die Uebergehung eines konnexen Gegenanspruchs und die compensatio compensationis.

Goldschmidt behauptet, dass in beiden Fällen keine compensatio compensationis, sondern replica compensationis in seinem Sinne vorliege. Wir haben nun zu sehen, ob jene Beweise haltbar sind, und sodann, ob jene „replica compensationis", die sich nach Goldschmidt ergiebt, als eine compensatio compensationis nach hier vertretener Ansicht haltbar ist, oder ob sie einem anderen Begriffe unterzuordnen ist.

Die ausführlichen Erörterungen Goldschmidts § 2 fasse ich für das Gemeine Recht kurz zusammen.

A. und B. haben gegeneinander je eine konnexe Forderung x und y, ausserdem A. eine zweite an B. (z). Praxis und Theorie constatieren hier die Möglichkeit einer erfolgreichen compensatio compensationis auf Seiten des Aufrechnungsgegners (cf. die bei Goldschmidt S. 12 genannten, auch Eisele und Dernburg), „wenn der Compensant unzusammenhängende Forderungen vor (nicht von, wie irrtümlich bei Goldschmidt) zusammenhängenden aufrechnet".

A. 1. B. rechnet auf y gegen z (nicht konnex). Wenn nun A. die Connexität von y mit x geltend macht, dringt er nach herrschender Meinung mit einer compensatio compensationis durch.

2. B. rechnet y gegen x auf (konnex). Die Aufrechnungserklärung greift „ceteris paribus" durch.

B 1. A. rechnet auf seine Forderung x gegen y (konnex) durchgreifend.

[1]) Über einen dritten nur vereinzelten Fall, der nur vom Standpunkte überwundener ipso iure Theorien aus verständlich ist, cf. Meyer, Bedeutung u. Char. der Compensationserklärung. Diss. Erlangen, 1895, S. 21.

2. A. rechnet auf seine Forderung z gegen y. Nach gemeinem Rechte dringt B. mit compensatio compensationis durch, wenn der Compensant nichtkonnexe Forderungen vor konnexen aufrechnet (bei Goldschmidt steht versehentlich konnexe vor nichtkonnexen, S. 15). So kann B. fordern, dass x gegen y aufgerechnet werde (konnex) „ein Fall der zweiten Eventualität der compensatio compensationis." Vergl. Definition. So wäre an sich die rechtliche Stellung der Parteien. Nun aber greift der höhere Grundsatz (Kap. 2.) modifizierend ein: Der mehrfache Schuldner soll keinerlei Wahlrecht haben — und dem B. ist der Weg versperrt, er hat keine compensatio compensationis; er hätte sich durch Prävenienz die Aufrechnung der konnexen Forderungen sichern müssen. Vergl. die hiermit übereinstimmenden Ausführungen Goldschmidts. S. 21 unten, S. 22.

Die Betrachtungen, welche Goldschmidt an die Darstellung dieser Fälle knüpft, können, so glänzend sie immerhin sind, dennoch unseren Beifall nicht finden. Goldschmidt meint, man mute in diesen Fällen der compensatio compensationis eine Funktion zu, „als Bahnbrecherin der Aufrechenbarkeit konnexer Forderungen vor nichtkonnexen". Eine derartige Funktion gehöre aber nicht der Aufrechnung als solcher, sei kein in ihrem Begriffe liegendes Moment, sondern sei vielmehr eine Funktion des Zurückbehaltungsrechtes, resp. des nicht erfüllten Vertrages. Diese aber ist nun nach Goldschmidt eben eine replica conpensationis, keine compensatio compensationis. (S. 18). Da nun das Zurückbehaltungsrecht im Gegensatze zu der Aufrechnung nur im Falle der Connexität der sich gegenüberstehenden Forderungen ausgeübt werden könne, so folge daraus, dass der Vorrang konnexer Forderungen vor nichtkonnexen sich nicht gründe auf die rechtliche Natur der Aufrechnung, auch eine solche nicht bezwecke, sondern sich als Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes resp. als Einrede des nicht erfüllten Vertrages darstelle. Vergl. auch Anm. 37, a. E.[1])

In Betracht kommen hier nur zwei Fälle:

unter A. 1.: B. hat eine replica compensationis;

unter B. 2.: B. hat keine replica compensationis, wenn man nicht auch dem mehrfachen Schuldner ein Wahlrecht einräumt

An diesen Fällen müssen wir die Goldschmidtschen Resultate prüfen welche lauten: (S 27.)

[1]) Ferner Goldschmidt, S. 20; „In ihren Bedingungen und Voraussetzungen bleiben aber die beiden Institute nichtsdestoweniger verschieden. So wird z. B. eine replica compensationis, welche sich auf Konnexität des geltend gemachten Gegenanspruchs mit der aufgerechneten Forderung stützt, durchgreifen, obgleich dieser Gegenanspruch mit der aufgerechneten Forderung nicht gleichartig ist. Natürlich gelten in einem solchen Falle die beiden einander gegenüberstehenden konnexen Gegenansprüche auch nicht als getilgt, die Rentention konsolidiert sich hier nicht zur Aufrechnung und beide Gegenansprüche bleiben unberührt bestehen." Ebenso Ehrlicher, S. 23, 24.

1. „Die Rüge der Uebergehung eines konnexen Gegenanspruchs ist kein Rechtsgeschäft und keine compensatio compensationis, sondern ein Prozessrechtsakt, und zwar die Erhebung des Einrede des Zurückbehaltungsrechtes oder des nicht erfüllten Vertrages. Es begründet nämlich die Connexität in der Aufrechnungsreihenfolge keinen Vorrang, ist aber das charakteristische Merkmal des Zurückbehaltungsrechtes."

2. „Aus diesem Grundsatz folgt:

a) Die Rüge greift auch bei Ungleichartigkeit des konnexen Gegenanspruchs mit der aufgerechneten Forderung durch, in welchem Falle beide Forderungen unberührt bleiben.

b) bei Gleichartigkeit beider Ansprüche ist die Wirkung jener Rüge in der Regel allerdings nicht nur Sicherung, sondern Tilgung derselben, d. h. von der Wirkung einer compensatio compensationis tatsächlich nicht verschieden. Dies kann aber im Wesen jener Rechtshandlung nichts ändern.

c) Da jene Rüge nicht den „Vorrang der Aufrechenbarkeit konnexer Forderungen", sondern nur das Bestehen eines konnexen Gegenanspruchs auf Seiten des Aufrechnungsgegners geltend macht, kann sie nur von dem mehrfachen Gläubiger, nicht aber von dem mehrfachen Schuldner erhoben werden. Letzteres hat hierzu weder ein Recht noch einen Rechtsbehelf."

Es ist hier nun die Frage zu beantworten, ob in jener replica compensationis Goldschmidts eine replica compensationis in unserem Sinne verstanden werden kann, die gleich einer compensatio compensationis ist. Und das ist sehr wohl möglich, wenn auch nicht immer der Fall. Hier kommt es wieder ganz auf die Art des einzelnen Falles an.

Wendet nämlich der replizierende Teil ein, die Aufrechnung sei falsch, weil sie so und so hätte geschen müssen, (das ist die Goldschmidt'sche „Rüge"), so wird man darin eine replica compensationis in unserm Sinne nicht sehen können, also auch keine compensatio compensationis; wohl aber, wenn der replicierende Teil sagt: Jene Aufrechnung ist falsch. Weil sie mich daher nichts angeht, rechne ich jetzt mit jener connexen Gegenforderung auf. Im Grunde genommen wird dies nicht praktisch werden, da der Richter dem replicierenden Teil im ersteren Falle veranlassen wird, seinen Einwand in die Form einer reellen Gegenaufrechnungserklärung zu bringen. Man sieht aber daraus, worauf ich hinaus will!

Goldschmidt verlangt, dass die Rüge der Übergehung eines konnexen Gegenanspruchs selbst eine compensatio compensationis sein soll. Darin liegt eine völlige Verkennung der massgebenden Frage. Die Frage ist nicht die, ob die Rüge der Uebergehung eines konnexen Gegenanspruchs an sich, ihrem Wesen nach eine compensatio compensationis selbst sei, sondern die, ob mit der Rüge der Uebergehung eines konnexen Gegenanspruches eine compensatio compensationis erfolgreich verbunden werden kann. Und das ist allerdings zu bejahen. Die Einrede auf Grund eines Zurückbehaltungsrechtes allein, die niemals, auch nicht wie Gold-

schmidt für gleichartige Leistungen annimmt, compensierende Wirkung äussern kann, wäre chikanös; wird von der Einrede Gebrauch gemacht, so muss auch der Wille vorhanden sein, auf Grund dieser Einrede nun seinerseits konnex aufzurechnen. M. a. W. diese Einrede selbst ist zwar niemals eine compensatio compensationis, um aber durchzuschlagen, muss mit ihr eine solche (hier replica) verbunden sein. Wenn Goldschmidt ein Beispiel aufstellt mit ungleichartigen Ansprüchen, so entwaffner er sich damit selbst. Hier sehen wir das Zurückbehaltungsrecht in reiner, undurchkreuzter Tätigkeit — es äussert keinerlei Compensationswirkung, wie Goldschmidt selbst sagt.[1]) Sobald die Ansprüche auf gleichartige Leistungen gehen, wirkt wohl das Zurückbehaltungsrecht ebenso gut, aber es wirkt noch eine andere Kraft mit ihm gemeinschaftlich, und diese andere Kraft ist die compensatio compensationis, die, wie die Compensation überhaupt, jetzt als bei gleichartigen Leistungen möglich geworden ist.

Danach ist es auch nicht richtig, dass der compensatio eine Funktion des Zurückbehaltungsrechtes zugemutet wird. Das Zurückbehaltungsrecht ist eben gar nicht im Stande, wie das Beispiel mit nicht gleichartigen Leistungen klar zeigt, die Tätigkeit des Aufrechnungsrechtes auf seine Schultern zu nehmen.[2])

Ferner meint Goldschmidt, S. 23, diese seine replica comcompensationis könne nur im Prozesse vorkommen. Gewiss, weil sie eben eine replica compensationis ist. Damit aber ist durchaus noch nicht bewiesen, dass eine aussergerichtlich so geschehene Gegenaufrechnungserklärung — wenn man nicht die Meinung verteidigt, dass eine Aufrechnung eben nur gerichtlich geschehen könne — nicht ebensogut rechtlich möglich und dann auch wirksam werde. Giebt man hier nach unserer Ansicht die Wirksamkeit einer replica compensationis zu, so muss auch die Wirksamkeit einer compensatio compensationis für den vorliegenden Fall auserhalb des Processes anerkannt werden.

Es bleibt demnach für das Gemeine Recht dabei: compensatio compensationis datur (im Prozess replica compensationis) beim Vorhandensein eines konnexen Gegenanspruches.[3]) Goldschmidts Ausführungen führen, wie wir gesehen haben, gerade wieder zur compensatio compensationis zurück.

Dies galt für das Gemeine Recht. Wie steht es nun aber damit im B. G. B.? Da die Stellung des Widerspruchrechtes zur

---

[1]) Vergl. über die Auffassung des Zurückbehaltungsrechtes R. G. J. W Beil 16.— (Neumann II.)

[2]) So auch die Praxis. Ob.-Appel.-Ger. Lübeck 21. II. 1867 in Seufferts Archiv. B. 22, Nr. 23.— Das Urteil des Reichs-Oberhandelsgerichtes vom 20. September 1872 will die Konnexität nur dann anerkennen, wenn die replica compensationis zugleich eine replica doli oder des Zurückbehaltungsrechtes ist. Für Konnexität: Dernburg a. a. O., S. 579. Dagegen Schwanert a. a. O. S. 74. Gegen Goldschmidt spricht auch die Auffassung Hellwigs, Anspruch. Seite 20 ff.

[3]) Bendix, Das deutsche Privatrecht 1899, S. 365 f.

Gegenaufrechnunfserklärung noch nicht erörtert worden ist, wird diese Frage erst weiter unten behandelt.

II. Weiterhin behauptet Goldschmidt, das Berufen auf ein entgegenstehendes Aufrechnungsgeschäft sei ebenfalls keine compensatio compensationis. § 3.

Hier sind drei Fälle zu unterscheiden:

1. Das Vorliegen eines entgegenstehenden Auf- resp. Anrechnungsvertrages.
2. Der Aufrechnungsgegner macht geltend, dass er bereits aufgerechnet habe
3. Der Aufrechnungsgegner macht geltend, dass der jetzige Compensant bereits aufgerechnet habe.

Ist der entgegenstehende Aufrechnungsvertrag ein Vertrag, der die Aufrechnung selbst vollzog, eine compensatio in praeteritum, so liegt in diesem Falle, das bedarf gar keiner weiteren Begründung, ebenso wie in den Fällen 2 und 3, eine replicatio compensationis factae vor, an deren Zulässigkeit man nicht zweifeln kann, und dass eine solche keine compensatio compensationis in dem oben dargelegten Sinne sein kann, ist klar. Fehlt doch hier überall die ex nunc wirkende Gegenaufrechnungserklärung selbst.[1])

Dieser Ausdruck: replicatio compensationis factae (in den obigen Fällen ausserhalb des Prozesses auf eine Art von Widerspruchsrecht hinauslaufend) hat mit unserer: replica compensationis nichts zu tun; und wenn sich in ihm der Genetivus compensationis factae hier tatsächlich auf jene erste, schon geschehene Compensation bezieht (nichtsdestoweniger auch hier den Gegenstand der replica angebend), so ist das nur noch ein Grund mehr, um die herrschende Verwirrung erklärlich zu finden. Grammatisch ist natürlich beides zulässig.

Wie ist es nun aber, wenn in dem ersten der drei genannten Fälle ein pactum de nominibus compensandis vorliegt? Auch hier ist die Sache klar, es liegt ja auch dann gar keine Gegen-Aufrechnungserklärung vor, sondern ursprünglich nur eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Erklärt nun der Aufrechnungsgegner in diesem Falle — so auch Goldschmidt S. 35 — zugleich eine Aufrechnung, die natürlich jenem pactum gemäss sein muss, so ist diese hier eine compensatio compensationis. Im zweiten Falle ist eine Gegenaufrechnungserklärung unmöglich; was aufgerechnet ist, kann nicht noch einmal aufgerechnet werden. Ebenso erst recht im dritten Falle. Vergl. zu diesen Erörterungen die näheren Ausführungen Goldschmidts § 3.

Wir kommen hier also mit Goldschmidt zu dem Resultate:

Das Berufen auf ein entgegenstehendes Aufrechnungsgeschäft ist in der Regel keine compensatio compensationis, kann es aber sein oder besser in sich schliessen, in dem Falle, da sich der

---

[1]) cf. Goldmann Lilienthal, Anm. 2 zu § 115.

Aufrechnungsgegner auf ein pactum de nominibus compensandis bezieht und diesem gemäss die Aufrechnung erklärt.[1])

Ein Widerspruchsrecht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches hat, wie wir gesehen haben, das Gemeine Recht nicht gekannt. Im Grunde schliesst ja jede Gegenaufrechnungserklärung einen Widerspruch in sich, aber diesem fehlen die gesetzlichen Folgen. Es ist nicht der Widerspruch an sich, sondern die Gegenaufrechnungserklärung selbst die treibende wirkende Kraft.

4. Kapitel.

§ 11. Eine Aufrechnungsskala im Gemeinen Rechte?
§ 12. Behandlung von Kosten und Zinsen.
§ 13. Aufrechnungen mit Forderungen Dritter.
§ 14. Aufrechnung und Teilforderung.

§ 11.

Eine Aufrechnungsskala im Gemeinen Rechte?

Wir haben gesehen: ein Widerspruchsrecht ist dem Gemeinen Rechte unbekannt. Der Schuldner hat also nach dieser Richtung hin kein Mittel, sich vor ungerechter Aufrechnungserklärung zu schützen. Bezüglich der Wahl entscheidet Prävention; nur der mehrfache Schuldner soll wohl aufrechnen, soll aber keine compensatio compensationis geltend machen dürfen. (Vergl. jedoch die in Kap. III. festgelegte Ausnahme bei Vorhandensein eines entgegenstehenden pactum de nominibus compensandis.) —

Es lässt sich nun nicht behaupten, dass dieser Grundsatz der Prävention gerade ein feines, juristisches Gebilde wäre, das im Stande wäre, beiden Teilen stets gerecht zu werden, wenn sich auch jeder sein Zuspätkommen selbst zuschreiben muss.

Dies hat man sehr wohl empfunden, und so darf es uns nicht Wunder nehmen, wenn man sich auch hier nach einer Aushülfe umsah, eine gesetzliche Skala suchte, um beiden Teilen gerecht zu werden. Und wiederum ist es nicht wunderbar, dass diese Aushülfe von den Grundsätzen über die Zahlung entliehen wurde.

Den Quellen ist über die Frage, ob eine allgemeine Regel vorhanden sei über die Ordnung, in welcher Tilgung verlangt werden kann, nichts zu entnehmen. [2]) Es giebt also keine vor-

[1]) **Bendix a. a. O., S. 365 f.**

[2]) **Dernburg, S. 351, (Die Comp.)**

geschriebene Rangordnung mit dem Zwecke, dem anderen Teile gerecht zu werden, wenn er kein Wahlrecht hat oder nicht mehr hat, keine Rangordnung, welche im Interesse des passiven Teiles das Wahlrecht in bestimmte Schranken einschliesst.

Bei der Zahlung sind nun die Grundsätze des gemeinen Rechtes folgende (cf. Dernburg, Seite 551, Anm.):

Der Schuldner hat freie Wahl nur dann, wenn er sich von Anfang an, d. h. bei Entstehung der Gegenforderung über die Wahl entschieden hat (? ?), sonst wird zuerst auf rückständige Zinsen, dann auf die drückendere, dann auf die ältere, endlich pro rata auf die verschiedenen Forderungen angerechnet. [1])

Mit dieser Skala hätte man auch im Gemeinen Rechte arbeiten können. In der Tat ist dieses denn auch, wenn auch nur selten, geschehen. So das grossh. hess. O. A. Ger. vergl. Dernburg S. 551. Anm. 1. Fuhr Seite 152 unten. Seufferts Archiv Bd. 23, Nr. 22.

Jedoch muss man gestehen, dass die Art, wie nach diesen Regeln die Ausschaltung resp. Einschränkung des Wahlrechtes vor sich gehen sollte, auf sehr schwachen Füssen steht. Und wohl deswegen hat die Praxis mit diesen Regeln nicht viel anzufangen gewusst. Es fehlte eine festliegende Grenze, die klar und präcise zum Ausdrucke brachte: Hier Wahlrecht, hier gesetzliche Skala! Nur zaghaft führen daher auch einige Schriftsteller, wie schon in Kap. II erwähnt worden ist, ihren Ausführungen über das Wahlrecht die Bemerkung an, dass der Schuldner bei Ausübung seines Wahlrechtes das Interesse des Gegenschuldners berücksichtigen solle. Es ist klar, dass damit etwas sehr vages gesagt ist; es tritt aber darin dennoch das Bedürfnis nach einer Berücksichtigung der berechtigten Interessen des nicht wählenden Teiles zu Tage.

So sind denn derartige Entscheidungen, wie die oben angeführte, vereinzelt geblieben, obwohl die Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiete anspornend genug war. Ausserdem war das preussische Recht weit voraus (vergl. Goldschmidt § 5); es hatte wennauch noch nicht als bestimmende Grundlage, so doch wenigstens für einzelne Fälle ein Widerspruchsrecht constatiert, ausserdem aber für die Anrechnung eine Skala gegeben, falls von der Aufrechnungsbefugnis kein Gebrauch gemacht wurde.

Man hat aber nicht allein dem doch offenbaren Schaden nicht abzuhelfen gesucht; im Banne der älteren Theorien befangen (cf. Kap. II.) hat man sich sogar heftig gegen die Zulässigkeit jeder Priorität gewehrt. So z. B. Brinz auf Grund seiner damaligen Ansicht über jenes ipso iure compensari. Vergl. Brinz, Pandekten 1879, II. 1. S. 428 — „Irgend eine Priorität der von selbst eintretenden Compensirung der einen oder anderen Forderung giebt es nicht.“ — Dazu sei noch folgendes angeführt.

---

[1]) Auch hier ist im einzelnen vieles streitig. Vergl. Ossig auf welche von mehr. Ford. ist eine Zahl. anzur. etc. Diss. Greifswald 1897. — Ehrlicher, S. 20. —

Fuhr S. 144 spricht es ausdrücklich aus: Es wird, wenn es an einer bestimmten Erklärung des Schuldners oder Gläubigers fehlt, der vermutlichen Absicht entsprechen, auf die lästigere Forderung als compensirt zu erkennen.

(Fuhr Anm. 16.) Es quoniam in compensatione creditor soluto eo, quod debet, sibi ipse solvit (?), puto creditoris non debitoris voluntatem inspici oportere, ut solutio in leviorem causam facta videatur. Et ita summum tribunal iudicavit in causa der Sölenthal'schen creditorum. Pufendorf, Observat. jur. univers. T. II. obs. 175. —

Im Allgemeinen findet diese Frage jedoch wenig Beachtung, ebenso wie die folgende.

§ 12.

Stellung von Kosten und Zinsen bei der Aufrechnung.

Es entspricht „der rechtsgeschäftlichen Natur der Kosten und Zinsen" (Kuhlenbeck), dass der Gläubiger eine Vorwegtilgung derselben muss verlangen können. Man muss dieses auch für das Gemeine Recht annehmen Soweit ich sehen kann, herrscht hier denn auch kein Streit, weil schliesslich jeder die Billigkeit dieses Verlangens ex aequo et bono wird zugeben müssen. Meistenteils aber wird die Frage überhaupt nicht erwähnt. Vergl. Krug. Anm. 291, der sich auch hier auf L. 5, § 2 de solut. 46, 3 beruft: „si modo petitio usurarum subsistit." — Krug verteidigt seine Ansicht gegen Mevius damit, dass bei einer compensatio (resp. solutio) auf Zinsen von einer Wahl eben nicht mehr die Rede sein könne Das preussische Recht hat hier wiederum eine strikte Bestimmung: zuerst Kosten, dann Zinsen etc.

Sind mehrere Kosten- resp. Zinsforderungen und Hauptleistungen vorhanden, so kommen die allgemeinen Grundsätze aus Kap. 2 resp. Kap. 3 zur Anwendung. Es ist nicht ohne weiteres zu sagen, dass zunächst Kosten und Zinsen, soviel auf beiden Seiten auch sein mögen, in die Aufrechnung hineingebracht werden müssen. Den Resultaten in Kap. 2 gemäss kann der Compensant nach seiner Wahl verzinsliche oder unverzinsliche Forderungen, fällige Zinsen, Kostenansprüche etc zur Aufrechnung bringen wie er will, sodass auf seiner Seite Kosten und Zinsen nur insoweit in Betracht kommen, als er sie in compensationem bringt, während er auch vielleicht von den Gegenforderungen nur Zinsen und Kosten zur Aufrechnung heranzieht. Es würde an dieser Stelle zu weit führen, hier die Consequenzen kasuistisch zu ziehen, zumal da bei jedem einzelnen Falle wieder in Betracht kommt, ob die betreffenden Kosten oder Zinsen einen selbstständigen Anspruch repräsentiren oder nicht. Ist dieses nicht der Fall, so werden sie auch nicht von ihrer Hauptforderung getrennt werden können; d. h. die Hauptforderung allein zieht dann eo ipso in ihrem Range Kosten und Zinsen mit in compensationem, Kosten und Zinsen ohne derartige Hauptleistung resp. Forderung können nicht in compensationem gebracht werden.

Über diesen Punkt siehe die Erörterungen für das B. G.-Buch in Kap. 9.

Hier sei nur noch darauf hingewiesen, dass schon in der unter I erörterten Skala sich der Zinsenanspruch einen Sonderplatz errungen hatte.

§ 13.

Aufrechnung mit Forderungen Dritter.

Lediglich der Vollständigkeit halber soll ferner hier Erwähnung finden, dass für das Gemeine Recht in bestimmten Fällen Compensationen mit Forderungen Dritter gestattet sind.

Hier ist auch jene vielumstrittene Frage unterzubringen, ob der Cessionar zur compensatio compensationis mit Forderungen des Cedenten befugt sei. [1])

Diese Streitfrage schlägt zwar in das Gebiet der vorliegenden Arbeit hinein, führt aber doch von ihrem eigentlichen Gegenstande zu weit ab, um hier eine ausführliche Darstellung zu gestatten Die in Anm. 1 citierte Ansicht Dernburg's scheint mir die richtige zu sein.

Ebenso ist es mit jener Frage, in welchem Masse der Cessus berechtigt sei, Gegenforderungen an den Cedenten dem Cessionar entgegenzustellen zur Compensation. Dazu Dernburg, S. 406 unter 2. Nach Dernburg entscheidet hier zunächst der Zeitpunkt der Denuntiation, sodass später entstandene Forderungen von keinerlei Einfluss mehr sein können. „Fraglich ist dagegen", sagt Dernburg S. 406 — „von welcher Beschaffenheit die Gegenforderungen gewesen sein müssen zwischen Cedenten und Cessus im Augenblicke der Denuntiation, damit dem Cessionar gegenüber Compensation vorgeschützt werden kann."

Müssen sich also beide Forderungen schon vor dem Moment der Denuntiation compensabel gegenüberstehen oder ist nur erforderlich, dass der Cessus vor der Cession bereits die sichere Aussicht zur Geltendmachung der Compensation gehabt hat, „welche ihm im Falle der Nichtcession nicht hätte entzogen werden können? Die letztere, weniger strenge Auffassung, der Dernburg sich anschliesst, ist zu bevorzugen. Siehe Dernburg S. 407 ff. über die sich hier ergebenden Consequenzen. Als Beispiel eines extrem entgegengesetzten Standpunktes vergl.

---

[1]) Dernburg äussert sich S. 411 dazu folgendermassen: „Der Cessionar kann der Gegenforderung wieder alle Einreden entgegenstellen, die dem Cedenten zustanden. Daher kann der Cessionar auch die Replik der Gegencompensation, womit der Cedent selbst die vom Beklagten zur Compensation gebrachten Gegenforderungen wettschlagen konnte, zur Hand nehmen, obgleich ihm die Forderungen, auf welche sich die Replik gründet, nicht cedirt sind. Hierin liegt keineswegs eine Überschreitung seiner Befugnisse und die Geltendmachung einer nicht übertragenen Forderung des Cedenten; vielmehr wahrt er sich nur die abgetretene Forderung, indem er das Unberechtigte der ihm entgegengestellten Compensationseinrede dartut." — Vergl. auch weiterhin über Gegengründe S. 411 ff. sowie S. 414 über die neueren Gesetzgebungen, welche die Benutzung der Gegenforderungen von Zwischencessionaren mit Recht unmöglich machen.

Leonhard a. a. O. S. 179 ff. Für die erstgenannte Frage dem B. G.-Buche gemäss vergl. Breit S. 137 ff. sowie Kap. 7 dieser Arbeit.

§ 14.

Aufrechnung und Teilforderung.

Breit a. a. O. giebt S. 139 ff. eine sehr eingehende Darstellung über folgenden Punkt:

A, der eine Forderung von 1000 M. gegen B. hat, klagt auf 500 M. B, der eine Gegenforderung von 500 M. hat macht die exceptio compensationis geltend. Dagegen bringt der Kläger — bei Bestreiten der Gegenforderung eventualiter — die replica, dass er auf jene anderen nicht eingeklagten 500 M. bereits verrechnet habe oder jetzt verrechne. Nun widerspricht B und beantragt Abweisung der Klage auf Grund seiner exceptio.

Dieser Fall hat die Praxis sehr häufig beschäftigt. Vergl. Seufferts Archiv 36, 188, Urteil des R. G. 18. Juni 1880 in hannoverscher Sache (Fenner und Mecke Archiv, Bd. 2, S. 83. — R. G. 6. 2. 1885 Seuffert XLI Seite 96, O. L. G. Hamburg, Seuffert XLVIII S. 253. — O. L. G. Marienwerder 16. Okt. 1903 Pos. M. Schrift VII, 51 — Seuffert Bd. 59 S. 346. — Hoffmann Mag. f. d. d. R. d. Gegenwart VIII S. 234 f.

A. m.: R. G. 19. 5. 1882. No. 70, ferner R. G. 20. 2. 1904, J. W. 33, 173 — und andere mehr cf. Breit S. 140 Mitte — meist mit der Begründung, dass die Forderung einheitlich bleibe. Für Litteratur cf. Windsch-Kipps § 349, Anm. 19.

Ich bin der Ansicht, dass diejenige Meinung die richtige ist, welche die replica des Klägers nicht durchdringen liess. Man kann eine Forderung so oft teilen, wie man will. [1]) Teilt man sie aber, so muss man sich auch gefallen lassen, dass jeder Teil, und auch vom Schuldner als völlig selbständige Forderung behandelt wird. Gerade aber durch die Klage auf den Teilbetrag erlangt der Teilbetrag absolute Selbständigkeit. [2]) Dem entspricht auch das processuale Verfahren. Denn wenn sich z. B. später heraustellt, dass die ursprüngliche, ganze Forderung des Klägers aus irgendwelchen Gründen zu hoch war, so wird kein Mensch daran denken, die Klage abzuweisen, sofern nur der Kläger wirklich noch so viel zu fordern hat, wie er als Teilbetrag jener Forderung eingeklagt hat.

Demnach liegt auch hier eine Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen vor. Die replica des Klägers muss zurückgewiesen werden, der Beklagte erlangt auf Grund

---

[1]) Es wird niemand auf die Einrede des Schuldners eingehen, dass das Amtsgericht unzuständig sei, weil der Gläubiger nur — etwa weil die Entscheidung rein principiell ist — einen Teilbetrag seiner Forderung eingeklagt habe.

[2]) cf. die wichtige Entscheidung R. G. 66, 266 abgedruckt in J. W. 07, 171 und D. J. Z. 07, 427. Diese Entscheidung giebt eine gute Begründung für die Selbständigkeit der Forderung.

seiner Compensationseinrede die Abweisung des Klägers, auch wenn dieser repliciert, dass er bereits aufgerechnet habe. Der Kläger hätte dieses vor oder spätestens mit der Klage dem Beklagten mitteilen müssen, eine compensatio mentalis — so könnte man sie nennen — kann nicht berücksichtigt werden; die Aufrechnungserklärung ist empfangsbedürftig. [1])

[1]) So im Resultat auch das Preussische Recht; Die eingeklagte Teilforderung gilt als die zuerst eingeforderte Post. Gegen Meissner Anm. 4 zu § 326 ist die hier vertretene Meinuug wohl als die herschende des Gemeinen Rechtes zu betrachten.

III. Hauptteil.

Die Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

5. Kapitel.

§ 15.

Sind die Bestimmungen des B. G. B. über Tilgung durch Zahlung und durch Aufrechnung bei unzureichender Leistung congruent?

Der Streit über die rechtliche Natur der Compensation hat es, wie in Kap. 2 ausgeführt, wesentlich verschuldet, dass über die uns vorliegenden Fragen, wohin auch immer sich unsere Blicke wandten, ein Kampf ohne Ende geführt wurde. Mag auch die Wissenschaft bei derartigen Streitlagen eine rechte Probe ihres Vermögens und Scharfsinnes geben können, die Folge ist und bleibt eine bedauerliche Unsicherheit der Praxis.

So war es denn eine Pflicht des bürgerlichen Gesetzbuches, jene schwierigen Fragen dadurch bedeutungslos zu machen, dass man, von anderen Grundsätzen ausgehend, die Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen in anderen Rechtsgedanken regelte. —

Das Bürgerliche Gesetzbuch schliesst sich dem preussischen A. L. R. an.

Dieses nun erkennt die volle Gleichberechtigung der Parteien an, giebt infolgedessen keinem ein bestimmtes Wahlrecht, sondern lässt die Prävenienz entscheiden; es gibt dem anderen Teile sodann ein wohlverständliches Widerspruchsrecht. In erster Linie entscheidet jedoch stets das Uebereinkommen der Parteien. Des weiteren giebt dann das preussische Recht eine Skala der gesetzlichen Anrechnung, welche die Interessen beider Parteien immer möglichst ihrem Werte nach zu vertreten sucht. Diese Skala zieht das preussische Recht von den Grundsätzen über die Zahlung heran (cf. Kapitel 4 unter I). Ähnliche Bestimmungen enthält ferner auch schon das sächsische G. B. § 993.

Der § 375 I. 16 A. L. R. lautet:

„Ist der Schuldner seinem Gläubiger mit mehreren Forderungen verhaftet, so finden bei der Kompensation eben die Grundsätze wie bei der Zahlung insofern statt, als überhaupt

die Compensation der Gegenforderung gegen mehr als eine Forderung zulässig ist.[1])

Während das S. G. B ein Bestimmungsrecht des Schuldners ohne Widerspruchsrecht des Gläubigers und sodann ein eventuelles Bestimmungsrecht des Gläubigers mit Widerspruchsrecht des Sculdners statuiert, stellt demgegenüber das A. L. R ein gesetzliches Widerspruchsrecht auch schon des Gläubigers auf und vor allen Dingen die Erzwingbarkeit des Eintrittes der gesetzlichen Reihenfolge durch dieses Widerspruchsrecht.

Der erste Entwurf des B. Gesetzbuches hielt sich nun hier näher an die Bestimmungen des S. B. G. Dies zeigt sich in folgenden Punkten:

1. Nach A. L. R. ist, wie die Motive II 86 sich ausdrücken, alles unter Ablehnung der einseitigen Bestimmungsbefugnis auf das Einverständnis zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger abgestellt; die Bestimmung des einen oder anderen Teiles hat lediglich den Wert einer Offerte Anders nach S. G. B 977, S. 1. (Vergl. auch code civil Art. 1253, schweiz. Bds. Ges. Art. 101, Abs. 1, hess. Entwurf, Art 293, Abs. 1, bayr. Entwurf, Art. 169, Abs. 1., Dresdener Entwurf, Art. 351.) Hier hat der Schuldner allgemeinhin das einseitige, den Gläubiger bindende Bestimmungsrecht. Der erste Entwurf folgt der letzteren Auffassung.

2. Das preussische A. L. R. lässt die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung zu. Das sächsische Recht war zunächst kontrovers (cf. Breit a. a. O., S. 124, wie überhaupt zu dieser Darstellung), hat sich aber in der Praxis dafür entschlossen, die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung nicht zuzulassen. Vergl. Siebenhaar, Zeitschrift für Rechtpflege, 38 S. 414 ff, sowie die bei Breit a. a. O. angeführten Belege. Der erste Entwurf steht auf dem letzteren Standpunkte. Die Motive II, S. 106 betonen sogar ausdrücklich: Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht zur Aufrechnung gebracht werden (§ 281 Abs. 2). Dies gilt vor allen Dingen von der Einrede der Verjährnng. (§ 182.)

In beiden Fällen hat das Bürg. Gesetzbuch seinen Standpunkt ändern müssen.

Die bisherige Lage ist folgendermassen:

Die Erfüllung durch unzureichende Aufrechnung wird derjenigen durch unzureichende Zahlung conform behandelt, trotz aller Verschiedenheiten im einzelnen. „Mochte der Schuldner", sagt Breit a. a. O, „erfüllen oder compensieren, in beiden Fällen hatte die von ihm ausgehende Anrechnungsbestimmung die näm-

---

[1]) Aus § 155 A. L. R. ergiebt sich, dass bei der Zahlung und so auch bei der Compensation zunächst nach Kosten und Zinsen die zuerst eingeforderte Kapitalspost als getilgt zu betrachten ist. Meissner a. a. O., Anm. 3. Gegenüber einer eingeklagten Post, welche als die zuerst eingeforderte zu betrachten ist, ist sonach die vom Bekl. erklärte Compensation massgebend. Praxis citiert bei Meissner.

Diese Bestimmung enthält das B. G. B. nicht mehr. Es ist nicht zu verkennen, dass die Bestimmung praktisch sehr viel für sich hat.

liche Wirkung: nach sächsischem Rechte war sie unbedingt massgebend, nach preussischem Rechte in ihrer Wirksamkeit vom Widerspruche des Gläubigers abhängig". Und trotz der eben erwähnten Abweichung war auch im ersten Entwurfe diese Parallelität zwischen Tilgung und Erfüllung durch Compensation gewahrt.

E. I. § 267 lautet:

Hat ein Schuldner, welcher dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist, zum Zwecke der Schuldentilgung eine zur Tilgung sämtlicher Schulden nicht ausreichende Leistung bewirkt, so ist diejenige Schuld getilgt, welche tilgen zu wollen der Schuldner bei der Leistung erklärt hat.

In Ermangelung einer solchen Bestimmung des Schuldners wird durch die Leistung zunächst die fällige Schuld, sodann unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede der mehreren Schulden verhältnismässig getilgt."

Dazu E. I. § 284:

„Hat der eine oder der andere Gläubiger mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so steht dem aufrechnenden Gläubiger die Wahl unter den Forderungen zu, welche durch die Aufrechnung erlöschen sollen. Ist die Aufrechnung ohne diese Wahl erklärt, so finden die Vorschriften, § 267, Abs. 2., entsprechende Anwendung.

Man sieht, die Consequenz zwischen den Grundsätzen über Tilgung durch unzureichende Leistung und durch unzureichende Aufrechnung ist völlig gewahrt.

Auch der ursprüngliche zweite Entwurf hielt hieran fest. Vergl. §§ 340, 315, Abs. 2.

Nun musste man aber späterhin in den unter 1. und 2 erwähnten Punkten seine Entscheidung ändern. Die zweite Kommission hatte nämlich den Standpunkt in der Frage der Compensabilität einer verjährten Forderung gewechselt. Vergl. Prot. I. 362 ff. 369. Prot. VI. 166, 167.

Die Zulassung der Aufrechnung — so argumentierte man in der Mehrheit — mit einer verjährten Forderung entspreche dem geltenden Rechte. Seuffert-Asch 39, Nr. 203, 40 Nr. 283, preuss. A. L. R. I, 16. § 301, code civil art 1290.

Seite 363: „Die Aufrechterhaltung dieses altbewährten Rechtszustandes empfehle sich durch überwiegende Gründe der Billigkeit und Zweckmässigkeit. Der Schuldner, welchem eine aufrechenbare Forderung zustehe, habe keine Veranlassung, dieselbe im Wege der Aufrechnung oder im Wege der Klage geltend zu machen, weil er in dem Betrage, welchen er seinerseits dem Gläubiger schulde, Deckung in Händen habe und für den Fall der Einklagung seiner Forderung die Abweisung der Klage auf Grund der Compensation gewärtigen müsse. Eine Veranlassung zur Aufrechnung habe der Schuldner erst dann, wenn der Gläubiger seinerseits mit seinen Ansprüchen hervortrete. Deswegen könne es ihm nicht zur Pflicht gemacht werden, lediglich

zur Abwendung der Verjährung die Aufrechnung vorzunehmen. Dem Gläubiger könne nicht gestattet werden, den Schuldner dadurch um sein Guthaben zu bringen, dass er ihn bis zum Ablaufe der Verjährung in der Meinung belasse, die beiderseitigen Forderungen hätten auf sich zu beruhen, und dann seine nicht verjährte Forderung geltend mache. Ferner werde (so S. 354) eine Aufrechnungserklärung auch bei Forderungen, die nicht einer kurzen Verjährung unterliegen, in der Regel erst abgegeben, wenn besonderer Anlass hierzu bestehe; je länger die beiden Forderungen gegenüberständen, ohne dass die eine oder die andere geltend gemacht werde, desto berechtigter werde die Erwartung, dass es dabei sein Bewenden haben werde.

Nun schloss man weiter: Dann dürfe auch die Wahl den anderen Teil nicht um das Recht bringen, eine erst nach dem Eintritte der Aufrechenbarkeit verjährte Forderung, deren Verjährung er wegen der bestehenden Aufrechnungslage habe ablaufen lassen, zur Aufrechnung zu verwenden. Die Folge war der Prot. I, S. 368 unter 1 eingestellte Antrag (Begründung, S. 369), der aber von der Mehrheit verworfen wurde.

Der Gedanke aber, der diesem Antrage zu Grunde lag, war zu gerecht und zu consequent, um nicht in der zweiten Lesung sofort wieder aufzutauchen:

„Ist die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt, oder widerspricht der andere Teil unverzüglich, so findet die Vorschrift des § 315, Abs. 2, entsprechende Anwendung."

Die Begründung war im grossen und ganzen dieselbe. Vergl. Prot. IV. S. 166. „Man wollte den in der Kritik geäusserten Bedenken abhelfen, dass der § 340 in der Fassung des Entwurfes zur Vereitelung des dem Gläubiger einer verjährten Forderung gewährten Aufrechnungsrechtes führe. Vergl. § 334.

Der Antrag wurde angenommen. Die Worte: „oder widerspricht der andere Teil unverzüglich" wurden in den § 390 aufgenommen, dem Gläubiger wurde also, um sein Aufrechnungsrecht mit einer verjährten Forderung zu schützen, ein Widerspruchsrecht gegeben.

Weitere Änderungen sind nicht vorgenommen worden, und so ist folgende Fassung Gesetz geworden:

§ 286: Hat der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Teil die Forderungen bestimmen,[1]) welche gegeneinander aufgerechnet werden sollen. Wird die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt oder widerspricht der andere Teil unverzüglich so findet die Vorschrift des § 366, Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Schuldet der aufrechnende Teil ausser der Hauptleistung Zinsen und Kosten, so findet die Vorschrift des § 367 entsprechende Anwendung.

§ 366. Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren

[1]) cf. hess. Entwurf, Art. 319, bayr. Entwurf, Art 184, dresd. Entwurf, Art. 374. Ebenso schweiz. Bundesgesetz.

Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt.

Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismässig getilgt.

§ 367. Hat der Schuldner ausser der Hauptleistung Zinsen und Kosten entrichten, so wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet.

Bestimmt der Schuldner eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen.

Eine ausführliche Darstellung der Geschichte dieser Bestimmungen war aus folgendem Grunde nötig: Wir finden in ihr die Erklärung dafür, dass jetzt die Bestimmungen über Tilgung durch Zahlung und über Tilgung durch Aufrechnung nicht mehr congruent sind.

Breit, der ebenfalls die Geschichte dieser Bestimmungen ähnlich wie auch Goldschmidt, zur Erklärung der entstandenen Anomalie ausführlich darstellt, giebt nun folgendes Beispiel:

„Angenommen, dem A stehen gegen B zwei seit dem 1. Januar 1903 fällige Darlehnsforderungen von je 1000 Mk. zu Die eine von ihnen — wir bezeichnen sie mit x — ist durch Faustpfand gesichert und mit sechs vom Hundert zu verzinsen, die andere (y) ist bloss chirographisch und trägt nur vier vom Hundert. Zahlt nun B, der natürlich in erster Linie die für ihn weit lästigere Forderung x abstossen möchte seinem Gläubiger 1000 Mk. mit der Bestimmung, die Zahlung auf die Pfandforderung zu verrechnen, so wird damit ipso iure diese Schuld getilgt, ohne dass A ein Recht des Widerspruchs gegen die Anrechnung gerade auf x hätte. Gegen den Willen des B kann sonach sein Gläubiger eine Anrechnung der gezahlten 1000 Mk. auf y nicht bewirken.

„Ganz anders, wenn B gegen seinen mehrfachen Gläubiger A auch seinerseits eine fällige Forderung von 1000 Mk. hat, und nun mit dieser Gegenforderung aufrechnet — um mit Stölzel zu reden — ideal zahlt. Die Erklärung des compensirenden Schuldners, dass er mit seiner Gegenforderung x aufrechne, hat nicht die gleiche unbedingte Kraft, wie die mit der Realzahlung verbundene Anrechnungsbestimmung, sie ist vielmehr in ihrer Wirksamkeit dadurch bedingt, dass A nicht unverzüglich widerspricht. Erfolgt ein solcher Widerspruch, so wird die Anrechnungsbestimmung insoweit hinfällig, als sie nicht der gesetzlichen Reihenfolge des § 366, Abs. 2., entspricht, und da nach dieser Vorschrift bei Fälligkeit aller Forderungen zunächst diejenige getilgt wird, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, somit also die pfandrechtlich nicht gesicherte Forderung y vor der durch Pfand gesicherten, so wird trotz der ausdrücklichen Bestimmung des B nicht x, sondern x gegen z aufgehoben."

Breit hat Recht, wenn er das Ergebnis ein überraschendes nennt. Breit stellt nun des weiteren die Frage nach dem warum? im Unterschiede beider Tilgungsmodi, und setzt dabei als sicher voraus, dass ein Unterschied vorliegen müsse, der auf der Verschiedenheit des rechtlichen Charakters beider Institute fusse, sodass den Gesetzgeber nur zwingende Gründe zu dieser Divergenz hätten bewegen können.

Es ergeben sich danach folgende Fragen für die Betrachtung:

Zunächst ob nun auch wenigstens der Zweck, den man auf Kosten der Congruenz erreichen wollte, durch das Gesetz erreicht wird, und zweitens, ob es dazu unbedingt nötig war, eine derartige Anomalie durchschlüpfen zu lassen. Nur die erste Frage kann an dieser Stelle eine eingehende Berücksichtigung erfahren. Die erwähnte andere Frage aber, ob diese Anomalie sich hätte vermeiden lassen, und wie sie sie sich hätte vermeiden lassen, ohne dass die im folgenden gewonnenen Resultate erschüttert würden, verdient wohl sonst de lege ferenda Beachtung, hat aber in dem Rahmen der vorliegenden Arbeit keinen Platz.

Die hier zu erörternde Frage lautet also: Erfüllt das Widerspruchsrecht des Gläubigers wenigstens den gewollten Zweck? Ich nehme auch hier die Ausführungen Breits zum Leitfaden, schon deswegen, weil, soweit ich sehen kann, die gestellte Frage hier zum ersten Male eine über das commentarmässige hinausgehende Berücksichtigung gefunden hat.

Breit setzt sich zunächst mit Planck, Auflage II, und Goldschmidt auseinander, die beide die vorliegende Frage verneinen. Planck hat in der jetzt erschienenen dritten Auflage seine Meinung geändert. III. Aufl., Bd. 2, S. 264 unter 1. Planck hält freilich die Frage immer noch für „zweifelhaft".

1.) Planck äusserte sich früher Erl. zu § 396 Nr. 1 folgendermassen:

„Der erstrebte Zweck wird durch diese Vorschrift freilich nur dann erreicht, wenn nach Massgabe des § 366, Abs. 2, das Alter der Schuld über die Aufrechnung entscheidet. Die Bestimmung, dass in erster Linie die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere und erst unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld als durch Aufrechnung getilgt gilt, wird durch die fragliche Vorschrift nicht berührt. Es könnte freilich in Frage kommen, ob man eine verjährte Schuld nicht als eine Schuld zu betrachten hat, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet als eine nicht verjährte Schuld. In diesem Sinne dürfte der Ausdruck „Sicherheit" indessen nicht zu verstehen sein. (1. Erl. zu § 366, Nr. 3)."[1])

a) Es bedarf zunächst kaum einer Erwähnung, dass alle in Frage kommenden Forderungen fällig sein müssen. Ganz von

[1]) So auch Windscheid-Kipp § 349, Zusatz 3, ferner Doesseler a. a. O., S. 55, A. M. Matthiass a. a. O., S. 440, Weitmann, Zeischrift. f. d. Civ.-Proc., Bd. 26, S. 29 ff. Vergl. auch Nolte, a. a. D., S. 88.

der Verweisung des § 396 auf § 366, Abs. 2, abgesehen, geht dies auch schon aus § 390 hervor, nach welchem eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann, (mit einziger Ausnahme der Einrede der Verjährung). Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält hier also einen Pleonasmus, der allerdings kaum in praxi Unannehmlichkeiten nach sich ziehen kann, immerhin aber wieder einmal zeigt, was bei der beliebten Verweisungsmanier des B. G. B. herauskommt. Dieses Umstandes ist, soweit ich sehen kann, nirgends Erwähnung getan

Eine verjährte, längst fällig gewesene Forderung hat demnach unbedingten Vorzug vor einer erst fällig werdenden. Schon daraus geht hervor, dass der erstrebte Zweck nicht nur dann erreicht wird, wenn das Alter über die Schuld entscheidet.

b) Es muss Breit zugegeben werden, dass die früheren Ausführungen Plancks und derjenigen, die jetzt noch seiner Meinung sind, ein zweifelloses Versehen enthalten.[1]) „Wenn die verjährte Forderung nicht als eine weniger sichere aufzufassen sei, so werde der erstrebte Zweck überhaupt niemals erreicht, da ja alsdann der supponirte Fall, dass das Alter der Schuld über die Aufrechnung entscheidet, beim Vorliegen einer verjährten Forderung gar nicht eintreten könne Vielmehr würde diese Auslegung zu dem unabweisbaren Ergebnisse führen, dass stets die nicht verjährte Forderung als die dem Schuldner lästigere vor der verjährten Zeit zur Tilgung gelangt, ohne dass es noch auf die Zeit der Entstehung ankäme Man müsste denn behaupten wollen, die nicht verjährte Forderung sei für den Schuldner nicht als die lästigere anzusehen. Es giebt aber — sagt Breit — wohl kaum ein eklatanteres Beispiel für eine dem Schuldner lästigere Forderung als gerade das Verhältnis der nicht verjährten zur verjährten — also in richtigerem Deutsch: als die nicht verjährte Forderung in ihrem Verhältnisse zur verjährten. (Denn das Beispiel giebt die Forderung, in ihrer Eigenschaft als nicht verjährte nicht das Verhältnis der Forderungen.)

c) Dieses Versehen muss zugegeben werden. Aber man kann sogar noch weiter gehen. Wiederum wird gesetzt, dass die verjährte Forderung nicht als eine weniger sichere aufzufassen ist, als die nicht verjährte, und gleichfalls gesetzt, man wolle die nicht verjährte Forderung für den Schuldner auch nicht als die lästigere ansehen. So unwahrscheinlich dies klingen mag: wenn einmal das erstere behauptet wird, so kann man gerade so gut dies zweite behaupten, beides aus derselben Auffassung des Wesens der Verjährung heraus, die gewissermassen Forderung resp. Anspruch völlig kaltstellt, sodass Masse und Vergleichungen mit anderen Grössen nach Sicherheit, Lästigkeit etc. überhaupt unmöglich anzulegen sind, weil eine verjährte Forderung quasi ein Schemen von einer Forderung ist, der Vergleichbarkeit und Dimension fehlt. Aber wie dann? Hat dann eine verjährte Forderung überhaupt noch ein Alter? Wenn nicht, so wird auch

[1]) Über die Compensationsfähigkeit verjährter Forderungen im Gem. Recht vergl. Bourwieg hoc tit. Diss. Berlin 1888.

so der Zweck nicht erreicht! Aber selbst gesetzt, man könnte trotz dieser Auffassung noch von einem Alter reden, so wie man von dem Alter eines Verstorbenen redet. Wie dann, wenn die verjährte Forderung jünger ist als die andere in Betracht kommende Forderung? Dann könnte man die ganze Skala des § 366. Abs. 2 durchgehen, ohne für die verjährte Forderung einen Platz zu finden, der erstrebte Zweck würde völlig illusorisch. Bei unseren in Geschäften des täglichen Lebens so überaus kurzen Verjährungsfristen wird dieser Fall so oft vorliegen, dass es eines besonderen Beispieles gar nicht bedarf. Es bleibt mithin auch deswegen nichts anderes übrig, als sich von der Goldschmidt'schen Prämisse loszureissen. Eine verjährte Forderung ist kein Schemen einer Forderung, sie ist nicht der Messbarkeit entrückt; eine verjährte Forderung ist als eine weniger sichere aufzufassen, als eine nicht verjährte.[1])

Vergl. auch Fischer Henle B. G. B., Anm. 3. zu § 366: Wenn es zweifellos ist, dass eine der kürzeren Verjährung unterliegende Warenforderung des Kaufmannes weniger sicher ist als eine Dahrlehnsforderung, um wieviel weniger muss dann noch eine derartige Forderung sicher sein, wenn tatsächlich der Zeitpunkt ihrer Verjährung schon eingetreten ist.

d) Wir wollen jedoch diese wichtige Frage auch noch von anderen Gesichtspunkten beleuchten, wiederum mit Breit vorgehend. (S. 128.)

Breit führt zwei andere Bedenken vor:

a) Die Mitglieder der zweiten Kommission haben mit den Worten: welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet lediglich eine Reproduktion des § 156 A. L. R. 16 beabsichtigt, wie dort etwa gemeint seien pfandrechtlich oder durch Bürgschaft gesicherte Forderungen gegenüber anderen nicht auf diese Weise gesicherten. Dieser Einwurf erledigt sich mit Breit: Aber die Protocolle sind nicht Gesetz. Ferner ist hiergegen mit Scholl meyer a. a. O., S. 351, einzuwenden, dass die preussische Rechtsprechung niemals gezweifelt hat, dass auch die einer kürzeren Verjährung unterliegende Forderung weniger sicher sei, als die der längeren Verjährung unterliegende. Striethorst Archiv Bd 61 S. 139. Vergl. die oben gezogenen Consequenzen.

b) Breit S. 128: „Die Worte: welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, sind in § 396 nicht enthalten unmittelbar, vielmehr ist nur auf die Bestimmung in § 366 Bezug genommen; und es müssen folglich die besagten Worte sowohl im Falle der Erfüllung, wie in dem der Aufrechnung den gleichen Sinn haben. Da es aber ausgeschlossen ist, eine ohne Bestimmung erfolgte Zahlung auf eine verjährte Forderung anzurechnen, so muss man zu demselben Ergebnisse auch bei Tilgung durch Aufrechnung gelangen."

[1]) cf. Fastenau a. a. O., S. 52/53, Anm. 1. Windscheid Kipp § 343, Anm. 3 ist hier der Ansicht, dass die verjährte Forderung nur als ältere vor der unverjährten getilgt werde. Das ist aber nicht richtig, weil die Skala des § 396 auch das Alter der Forderungen für sich allein, und zwar an letzter Stelle berücksichtigt. Verkehrsrücksichten, auf denen die Verjährungsbestimmungen beruhen, gehen vor.

Ehe Breit mit eigenen Truppen diesen Angriff zurückzuschlagen versucht, geht er zunächst mit dem Gründen von Seelers (Aufrechn bei einer Mehrheit von Forderungen nach B. G. B., § 396 in Kohlers Archiv 1899, S. 104 ff.) ins Gericht. Die Gründe von Seelers scheinen ihm nicht durchschlagend zu sein.

Wenn v. Seeler sich darauf beruft, dass nach § 396 die Norm des § 366 nicht schlechthin, sondern nur entsprechende Anwendung finden soll, d. h. modificirte, analoge Anwendung; Anwendung unter Streichung dessen, was dem klar erkennbaren Sinne und Zwecke des verweisenden Gesetzes entspricht und unter Substitution dessen, was dem Sinne und Zwecke desselben entsprechend ist, so scheint mir diese Berufung nicht so fragwürdiger Natur, jedenfalls aber nicht so schnell von der Hand zu weisen, wie Breit dies tut. Wozu sonst das Wort „entsprechend“? Es ist doch nicht dasselbe, ob im Gesetz steht „findet Anwendung“ oder „findet entsprechende Anwendung“. Meiner Ansicht nach soll die Verweisung auf § 366 in § 396 weiter nichts sagen als dieses: Bestimmt der Schuldner nicht, gegen welche Forderung er aufrechnen will, oder erhebt wegen Gefährdung seiner Interessen der andere Teil unverzüglich Widerspruch, so gilt die Gegenforderung kraft einer gesetzlichen Skala (§ 366, Abs. 2) als getilgt. Diese gesetzliche Skala soll hier aus praktischen Gründen dieselbe sein, wie bei einem anderen Rechtsinstitute, dem der Zahlung.

Das B. G. B. kennt auch das einfache Wort: „findet Anwendung“ vergl. z. B. §§ 276, 278 u. a. m.

Vergl. auch z. B. § 291: „Eine Geldschuld hat der Schuldner von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an zu verzinsen, auch wenn er nicht im Verzuge ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen. Die Vorschriften des § 288 Abs. 1 und des § 289, Satz 1, finden entsprechende Anwendung.“ Gemäss § 284 ist ein Verzug des Schuldners vor Eintritt der Fälligkeit nun ausgeschlossen. Nun redet aber § 288 Abs. 1 von der Zeit während des Verzuges. Streng genommen könnte daher diese Vorschrift nur im ersteren Falle zur Anwendung kommen, für den zweiten Fall hat sie nur die Bedeutung, dass sie die Höhe der Zinsen nach Eintritt der Fälligkeit auf vier Prozent bestimmt. So rechtfertigt es sich meiner Ansicht nach, dass in § 291 B. G. B. steht: „finden entsprechende Anwendung“.

Auch die überzeugende Kraft von v. Seelers zweitem Grunde stellt Breit in Abrede. Aber mir scheint hier Breit die Betonung eines wesentlichen Momentes ausser Acht gelassen zu haben, wenn auch im Grunde der Schlussstrich zu demselben Resultate führt.

Von Seeler geht von der Prämisse aus, dass bezüglich einer verjährten Schuld eine Leistungspflicht nicht bestehe. Nun unterstreicht von Seeler (Breit sagt unschön „urgirt“) das Wort „verpflichtet“ in § 366, Abs. 1, und meint, es sei demnach für § 366

schon deswegen ausgeschlossen, unter die weniger sicheren auch die verjährte Forderung zu subsumiren, weil nach dieser ausdrücklichen Bestimmung die Zahlung auf diejenige Schuld, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit biete nur dann angerechnet werden solle, wenn bezüglich derselben keine Leistungspflicht des Schuldners bestehe. So Breit, der sich demgegenüber auf § 222 beruft, wo trotz vollendeter Verjährung von einem Verpflichteten die Rede ist. Warum aber dies recht ist, sagt Breit nicht.

Der verjährte Anspruch (vergl. Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 222) besteht in alle Ewigkeit zu Recht fort, wenn er nicht auf andere Weise zum Untergange gebracht wird. Besteht aber der Anspruch fort, so besteht auch die Verpflichtung fort, da man sogar z. B. bei Spiel- und Wettschulden von einer Verpflichtung reden kann, ohne dass ein Anspruch besteht. Man braucht nicht einmal als „ultimum refugium" zu „einer moralischen Verpflichtung" seine Zuflucht zu nehmen. Wie wäre auch sonst die Aufrechenbarkeit einer verjährten Forderung überhaupt denkbar und haltbar, wenn keine Verpflichtung mehr vorhanden wäre? Vergleiche auch die anderen bei Fischer-Henle a. a. O. angeführten §§.

Mit Breit also, aber aus tieferem Grunde, ist diese Begründung von Seelers zurückzuweisen, an der ersten wird ausdrücklich festgehalten.

Nun aber zu der Begründung, die Breit selbst ins Treffen führt:

Es sei überhaupt kein zwingender Grund vorhanden, verjährte Forderungen niemals an der Erfüllung nach § 366 teilnehmen zu lassen.

Und dieser Grund scheint auch mir der ausschlaggebende zu sein. Nehmen wir das wichtigste aus der ausführlichen Begründung Breits heraus:

Bei nicht ausdrücklicher Bestimmung (etwa stillschweigend), wo doch die Umstände klar zeigen, dass eine Anrechnung auf die verjährte Forderung nicht als gewollt angesehen werden müsse, ist der Wille des Schuldners immerhin massgebend. Ist dagegen einmal der Wille des Schuldners, die nicht verjährte Forderung erfüllen zu wollen, nicht erkennbar, so muss man zweifellos auch die verjährte Forderung in die Skala des § 366 Abs. 2 aufnehmen und sie ihr gemäss als getilgt betrachten und dieses als minder sichere (cf. oben) vor der nicht verjährten. „Denn da der Schuldner sich durch sein Wahlrecht schützen kann, so sind die anderen Bestimmungen des § 366 vorzüglich im Interesse des Gläubigers getroffen, auf das Interesse des Schuldners kann keine Rücksicht genommen werden, er hätte sich anderweitig schützen können; nur sein wirklich erklärter Wille ist zu respektieren."

Zudem kann nach § 222, Abs. 2, das in Unkenntnis der Verjährung geleistete (cf. das Beispiel Breits) nicht zurückgefordert werden, eine condictio indebiti ist schlechthin ausgeschlossen.

Dass Breit in seinem Beispiele (S. 129) voraussetzt, der Schuldner habe von der Verjährung seiner einen, von uns als gezahlt angenommenen Schuld nichts gewusst, ist meiner Ansicht nach auch noch unwesentlich. Hat er ohne Bestimmung geleistet — Unkenntnis des Gesetzes hat das Gesetz noch niemals geschützt — so wird eben eine verjährte Forderung getilgt; kein Richter wird der klaren und ausdrücklichen Bestimmung des § 366 gegenüber die Einrede der Verjährung berücksichtigen können, wenn der Schuldner keine ausdrückliche Bestimmung getroffen hat. Es wird dieses hier besonders betont, weil man sonst durch das zu kompliziert gewählte Beispiel Breits leicht ein verwischtes Bild erlangen kann, das den doch so klaren Grundton des § 366 nicht mehr deutlich zu Tage treten lässt.

2. In seinen weiteren Ausführungen wendet sich Breit nun gegen Goldschmidt (S. 230, resp. S. 78.), bei dem die Subsumtion verjährter Forderungen unter die weniger sicheren aus folgendem Grunde geleugnet wird:

„Durch den Widerspruch wird nicht die aufgerechnete Gegenforderung zu einer Forderung, gegen welche die zweite Forderunng des Aufrechnungsgegners aufgerechnet wird, sondern die vom Kompensanten aufgerechnete Gegenforderung wird auf die zweite substituierte Forderung des Aufrechnungsgegners angerechnet. Daraus folgt aber nicht, dass der Aufrechnungsgegner eine mit einer Einrede behaftete Forderung als Forderung, gegen welche aufzurechnen sei, substituiren kann. Denn wenn oben ausgeführt wurde, dass gegen eine mit einer Einrede behaftete Forderung aufgerechnet werden könnte, so war das doch nur so zu verstehen, dass dies ein Recht des Kompensanten sei. Der Aufrechnungsgegner kann dem Kompensanten nicht eine Aufrechnung der Gegenforderung gegen eine mit einer Einrede behaftete, z. B. verjährte Forderung aufdringen."

Ausführlich kann hier auf die Breitsche Zurückweisung dieser Auffassung nicht eingegangen werden. Hervorgehoben sei daraus nur folgendes:

a) Gewiss sind die Ausführungen Goldschmidts im Allgemeinen zutreffend, aber gerade für die verjährte Forderung wird durch § 390 S. 2 eine Ausnahme gemacht, welche ausdrücklich die Einrede der Verjährung von der Allgemeinheit absondert.

b) Der Wortlaut des § 396 in Verbindung mit § 390 ergibt, dass eine verjährte Forderung eine „zur Aufrechnung geeignete" Forderung ist. Ist sie dieses aber, so ist kein Grund ersichtlich, sie von einer Einreihung in die Skala des § 366 zurückzuweisen. Vergl. Breit S. 131.

Die Goldschmidtsche Auffassung beruht auf einer Verkennung des isolirten Standpunktes der Compensationseinrede, Goldschmidt's Sätze sind bei jeder mit einer anderen Einrede behafteten Forderung zutreffend.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung ist nach allem folgendes:

I. Eine verjährte Forderung ist für § 396 B. G. B. als eine

weniger sichere im Sinne des § 366 Abs. 2 zu bezeichnen, natürlich abweichend von der Erfüllung. Derselben Ansicht sind auch Schollmeyer Seite 351, Anm. 3, Goldschmidt-Lilienthal Anm. 2 zu § 115, Dernburg, B. G. B. II, S. 294, Meissner Seite 88 Anm. 1, Deichmann a. a. O. S. 585, Türcke, Niedenführ und Winter: Das Bürgerl. Recht, 1904, § 396 Anm. 2. — Rehbein a. a. O. S. 357. Vergl. auch Endemann B. G. B., Bd. I Anm. 29. Lang S 53 f. — Im Resultate zustimmend auch Ehrlicher, der zwar das Bestehen einer „Verpflichtung" bei der verjährten Forderung leugnet, sich jedoch im übrigen ebenso wie hier geschehen auf die Worte „entsprechende Anwendung" stützt. Vergl. Ehrlicher Seite 39 ff, — Abweichend Crome a. a. O. S. 238 „aus inneren Gründen". — A. M. auch Windsch-Kipp. a. a. O. S. 447.

II. Wollte das Gesetz durch das dem Gläubiger gegebene Widerspruchsrecht die Anrechnung der zur Compensation gestellten Forderung auf eine verjährte Gegenforderung gestatten, so ist dieser Zweck erreicht. „Diese Auslegung entspricht", — sagt Breit a. a. O. 132 — „nicht nur der materiellen Gerechtigkeit, indem sie verhindert, dass dem einen Teile durch Prävenienz ein gutes Recht entzogen wird, sie trägt nicht nur dem — vielleicht nicht ganz klaren — Bestreben der zweiten Kommission Rechnung, sondern sie ermögligt auch einzig und allein eine Begründung für die anderenfalls unerklärliche Inkongruenz der §§ 366 und 396 zu geben". —

Mit Breit muss hier noch hervorgehoben werden, dass diese Inkongruenz natürlich in praxi überall dort bestehen bleibt, wo eine verjährte Forderung nicht in Betracht kommt.[1])

---

6. Kapitel.

Das Wesen der Aufrechnungserklärung und des Widerspruchsrechtes nach § 396 B. G. B.

§ 16.

Das Wesen der Aufrechnungserklärung nach § 396 B. G. B.

Wie der im vorigen Kapitel gegebene Wortlaut des § 396 B. G. B. ersehen lässt, hat nicht allein für die uns vorliegende Frage das Bürgerliche Gesetzbuch Zahlung und Aufrechnung — beide als unter den Begriff der Befriedigung fallend — wie auch schon das Gemeine Recht in seiner herrschenden Ansicht dieses getan hat, principiell gleichgestellt. Demgemäss ist es selbst-

[1]) Die Erörterung der vorstehenden Frage ist allen weiteren Erörterungen über § 396 B. G. B. vorangestellt, weil bei ihr Gelegenheit war eine kurze Geschichte der fraglichen Bestimmung zu geben.

verständlich, dass zunächst einmal der Aufrechnende (§ 396 sagt „der eine oder der andere Teil", der also im Sinne von Kapitel 2 dieser Arbeit an sich sein kann:

1) einfacher Schuldner und mehrfacher Gläubiger,
2) mehrfacher Schuldner und einfacher Gläubiger,
3) mehrfacher Schuldner und mehrfacher Gläubiger,

das Recht hat, „die Forderungen (!) zu bestimmen, die gegen einander aufgerechnet werden sollen".[1]) Diese Bestimmung, die Aufrechnungserklärung, wird heute allgemein als ein einseitiges empfangsbedürftiges — im Regelfalle aussergerichtliches — Rechtsgeschäft[2]) angesehen, ebenso wie bei der Zahlung die Bestimmung aus § 366 B. G. B.[3]) Crome legt für die Zahlung, und das muss auch hier gelten, dem Aufrechnungserklärenden (für hier) die Pflicht auf, seine Erklärung empfangbar zu gestalten, d. h. „so, dass sie als rechtlicher Ausdruck seines Willens speciell vom Adressaten zur Kenntnis genommen werden kann.[4]) Auch hier genügt nicht, dass objectiv die Möglichkeit der Wahrnehmung durch den Adressaten gegeben ist, sondern der Erklärende muss diese Möglichkeit durch sein Verhalten gesetzt haben. So Doesseler S. 18.

Die Bestimmung kann natürlich auch hier ausdrücklich, wie stillschweigend geschehen,[5]) sie muss aber stets erkennbar[2]) sein und muss gegenüber dem anderen Teile geschehen[6]). Dabei kann natürlich dem Gläubiger selbst eine Wahl überlassen bleiben,[7]) soweit nicht dann nach Sachlage völlig klar ist (cf. Kap. 1 dieser Arbeit) dass nur eine Offerte vorliegt. Von einer Offerte unterscheidet sich die Bestimmung ja ihrem ganzen Wesen nach, sie ist eben kein „Vorschlag[8]), der durch eine im Ausbleiben des Widerspruches liegende stillschweigende Zustimmung des Gläubigers zu einer Vereinbarung führt. sondern sie ist ein Ausfluss des in § 366 B. G. B. für den Schuldner konstruirten Rechtes."[9]) [10]) Ebenso wie die Aufrechnungserklärung stillschweigend geschehen

---

[1]) Meissner R. d. Schuldverh. 1898 Anm. 1 zu § 396.

[2]) cf. Leonhard Aufrechnung 174 ff. Förtsch Sächs. Arch. 7 401. Dagegen ganz vereinzelt Kohler: Zivil. und processuale Praxis. — Busch Zeitschrift Bd. 24, 17. — Deichmann a. a. O. S. 583 ff. wie hier. — Crome II, S. 302 f. Ehrlicher Seite 27 oben. Dagegen Staudinger a. a. O. Seite 330.

[3]) Doesseler a. a. O. S. 18. — Crome a. a. O. S. 391.

[4]) Doesseler S. 18.

[5]) Rehbein a. a. O. S. 357. Eine unerkennbare Aufrechnungserklärung liegt noch nicht vor „wenn mit mehreren Forderungen gegen mehrere aufgerechnet wird und" — beiderseits alle — „im Betrage gleich sind.'

[6]) Staudinger Anm. 1 zu § 396.

[7]) Rehbein S. 357.

[8]) Doesseler S. 56.

[9]) Matthiass a. a. O., S. 440, Anm. 2. Dagegen Oertmann Schuldverh. S. 261, auch Dernburg B. R. S. 294.

[10]) Es würde zu weit führen hier im einzelnen auszuführen, wie weit aus der Analogie mit der Zahlung neue Resultate gewonnen werden können. Hierfür sei auf das Kapitel: Aufrechnung und Zahlung verwiesen.

kann, kann sie sich natürlich auch — wenn man beides nicht etwa für dasselbe ansieht — „aus den sie begleitenden Umständen ergeben.“ [1])

Die Bestimmung ist von der eigentlichen Aufrechungserklärung insoweit unabhängig, als sie derselben wohl vorausgehen kann.[2]) Nachholen kann der Erklärer sie dagegen nicht, weil der § 396 Satz 2 eine ohne Bestimmung erklärte Aufrechnung voraussetzt.[3])

Wie sonst, muss auch hier der Empfänger der Aufrechnungserklärung geschäftsfähig sein,[4]) als Vertreter — falls er überhaupt für die in Frage stehende Forderung Vertretungsmacht hat, — kann er die Aufrechnungserklärung wie bei der Zahlung selbst dem solutionis causa adiectus gegenüber bindend für den Gläubiger abgeben, selbst ohne dass er Verfügung über die Forderung hat.

Rehbein a. a. O. führt folgenden Spezialfall an: „Hat der, der aufrechnet, mehrere Forderungen, die jede für sich zur Befriedigung des anderen durch Aufrechnung genügen, und rechnet er mit beiden auf oder mit einer von beiden ohne zu bestimmen, mit welcher, so liegt darin eine Unbestimmtheit, aber doch keine solche, die das Aufrechnungsgeschäft selbst unwirksam macht. Denn durch Ausübung des Fragerechtes im Processe wird immer festzustellen sein, ob der Aufrechnende eine Bestimmung treffen oder sie dem Anderen überlassen will, was er kann, oder dem Richter nach § 366 Abs. 2.“

Das wichtigste und der Kern dieser Ausführungen ist der Satz: Es ist kein notwendiges Erfordernis der Aufrechnungserklärung im Sinne von § 396 B. G. B., dass sie die Forderung, mit welcher aufgerechnet werden soll,[5]) genau bestimmt, sofern nur unzweifelhaft ist, dass der Aufrechnende eine Forderung überhaupt in compensationem gebracht hat (cf. S. 78 dieser Arbeit.) — Daraus folgt, dass die Aufrechnungserklärung die auf Seiten des Aufrechnenden stehende Forderung sofort tilgt.[6]) Genügt nur die Anrechnungsbestimmung nun auch noch den an diese (cf. oben) zu stellenden Erfordernissen, so ist durch Erklärung und Bestimmung immerhin schon ein gewisses Resultat erreicht, das sich freilich an sich noch nicht bindend auf die Forderung des Gegners erstreckt.

[1]) Doesseler S. 18.

[2]) Bei der Zahlung behauptet man, dass sich der Gläubiger das nicht gefallen zu lassen brauche. cf. Schollmeyer a. a. O. S. 286. — Doesseler S. 19. — Praktisch wohl bedeutungslos, weil man dann im Augenblicke der wirklichen Leistung (auch Aufrechnung) eine eben stillschweigend abgegebene Willenserklärung annehmen wird.

[3]) cf. Lang a. a. O. Weigelin a. a. O. zu Abs. 1 (S. 148 ff.).

[4]) cf. dazu und zum folgenden Doesseler S. 18.

[5]) So auch Haidlen, das erste Jahr des B. G. B. S. 450. „Die Bestimmung ist kein enssentieller Bestandteil der Aufrechnungserklärung.“ — A. m. Lang a. a. O. S. 53 ff.

[6]) cf. Ehrlicher Seite 29, auch Anm. 2 dort. — Nolte a. a. O. S. 89.

Die Forderungen werden natürlich nur so weit getilgt als überhaupt ein Aequivalent auf der Gegenseite in Betracht kommen kann.

cf. Fastenau über den Fall, dass der Aufrechnende die Aufrechnung mit seinen sämtlichen Forderungen erklärt Das ist aber eben eine ganz genaue Bestimmung. Das Beispiel trifft daher nicht zu.

Man muss sich hüten, diese Wirkung, dieses Resultat der Aufrechnungserklärung dem Bestimmungsrechte zuzuschreiben; bei der Aufrechnung geht diese Wirkung vielmehr lediglich auf die Aufrechnungserklärung zurück, was schon daraus folgt, dass die Forderung des Aufrechnenden auch dann getilgt wird, wenn er eine Bestimmung der Gegenforderung unterlässt. — Im Normalfalle besteht also die Erklärung nach § 396, die eigentlich allein vollendete Erklärung aus zwei Bestandteilen, aus der Aufrechnungserklärung und aus der Anrechnungsbestimmung. Somit besteht ein grundsätzlicher Unterschied vom eigentlichen Bestimmungsrechte bei der Zahlung resp. Erfüllung, wie man ihn, wenn man bei der Aufrechnung die obige Zweiteilung nicht macht, konstruieren müsste, nicht. Das Bestimmungsrecht allein — bei der Aufrechnung — hat daher juristisch dieselbe zweifelhafte Natur wie das Bestimmungsrecht bei der Erfüllung.[1])

Berücksichtigt man diese Zweiteilung, Aufrechnungserklärung und Anrechnungsbestimmung, so kommt man schon daraus weiter zu dem Resultate, dass nach dem Wortlaute des Gesetzes nur auf Grund von Widerspruch gegen bestimmte Gegenforderungen oder Nichtbestimmung von solchen die Skala des § 366 B. G. B. zur Anwendung kommt, nicht aber ohne weiteres, wenn der Aufrechnungserklärung auf m e i n e r Seite die Forderungsbestimmung fehlt. Ebenso ist hier (darüber § 17) kein Widerspruchsrecht des Gegners gegeben. Die Goldmann-Lilienthal'sche Aufstellung, dass § 366 Abs. 2 Platz greife, einerlei ob ich Bestimmung der Gegenforderung[2]), der eigenen Forderung oder gar beides unterlassen habe ist daher zu verwerfen. Soweit ist die Aufrechnungserklärung allein denn doch nicht wirksam. Das verbietet der unumgängliche Wortlaut des Gesetzes, wie wir auch noch an mehreren Einzelfällen sehen werden. Ob der Standpunkt des Gesetzes richtig ist, ist eine andere Frage.

---

[1]) cf. Doesseler S. 22. Die einen meinen, es handele sich gar nicht um ein eigentliches Bestimmungsrecht, weil ja bei Nichtannahme die bestimmte Forderung des Gläubigers nicht getilgt werde (Henrici in Iherings Jahrb. Bd. 32 S. 104); andere, so Matthiass und Endemann (siehe bei Doesseler S. 24), behaupten, aus Gründen der Zweckmässigkeit sei hier eine Durchbrechung der Struktur des Erfüllungsgeschäftes erfolgt. Beide Auslegungen sind im Grunde dieselben; denn nur ein „eigentliches Bestimmungsrecht" entspräche der Struktur des Erfüllungsgeschäftes. — Ehrlicher scheidet S. 30 ebenfalls zwischen Aufrechnungserklärung und Anrechnungsbestimmung, hält das aber letztere für einen „Bestandteil" der ersteren. Das ist nicht richtig, weil Gesetz eben eine Aufrechnungserklärung o h n e Anrechnungsbestimmung kennt. —

[2]) Vergl. auch Oertmann, R. d. Schuldverh. Seite 261, 262 — der aus dem Wortlaute von § 396 B. G. B zu der hier abgelehnten Meinung kommt. — Ebenso Staudinger Komm. Seite 331 oben (mit dem mehr oder minder widerrufenden Zusatze, dass „hierbei jedoch nur solche Forderungen berücksichtigt werden könnten, bezüglich welcher aus der Aufrechnungserklärung hervorgeht, dass der Aufrechnende sie zur Aufrechnung verwenden wollte. — Auch Ehrlicher, Seite 35. — Wie hier Dernburg B. G. B. a. a. O. § 129 und Crome, System des B. G. B. 1902 II, S. 291 ff. Anm. 21. — Crome meint, dass bei Unterlassen der Bestimmung der eigenen Forderung ein Mangel der Erklärung vorliege, der sie unwirksam macht, wenn die Auslegung kein Resultat liefert." — Gegen diese Unterscheidung Lippmann bei Ihering Bd. 43 S. 446 ff.

Die Bestimmung, gegen welche Forderungen aufgerechnet werden soll, ist bezüglich dieser die effectuirende Kraft; und dies nicht etwa deswegen, weil der Gegner stillschweigt, sondern eben weil bestimmt ist;[1]) wir haben es eben mit einem einseitigen Rechtsgeschäfte zu tun. Auch gegenüber dem Widerspruche des Gegners bleibt aus demselben Grunde die Tätigkeit des Erklärenden ein notwendiger Faktor zur nun geschehenden Aufrechnung nach § 366 Abs. 2 B. G. B. (siehe § 17 dieser Arbeit).

Über den Fall, dass beide Parteien die Aufrechnungserklärung zugleich abgeben vergl. Siber a. a. O. S. 128.[2]) Lippmann S. 237 f. Leonhard S. 178 f.

Erfolgt auf die Aufrechnungserklärung einer Seite in Kenntnis dieser von der anderen Seite ebenfalls eine Aufrechnungserklärung, so kann diese ohne Bedenken als Widerspruch im Sinne von § 396 B. G. B. aufgefasst werden.[3])

§ 17.

Allgemeines über das Widerspruchsrecht.

Man hatte ursprünglich beabsichtigt, das Bestimmungsrecht dem Aufrechnenden unbeschränkt zu geben, hat diese Absicht aber wieder aufgegeben hauptsächlich der Sonderstellung des „mehrfachen Schuldners" wegen, ferner um den kurzen Verjährungsfristen ein Gegengewicht zu bieten. Vergl. § 15. Scherer Erstes Jahr des B. G. B. Ergänzungsheft S. 84. — Haidlen I, S. 450 für den Fall eines Erbganges.

So ist denn dem Aufrechnungsgegner das Recht gewährt worden, unverzüglich zu widersprechen, (unverzüglich heisst wie immer: ohne schuldhaftes Zögern). — Ehrlicher a. a. O. S. 29. An sich würde nun zu schliessen sein, dass dieses Recht zusteht —

1) dem einfachen Gläubiger und mehrfachen Schuldner,
2) dem einfachen Schuldner und mehrfachen Gläubiger,
3) dem mehrfachen Schuldner und mehrfachen Gläubiger,

Das Recht des Widerspruches ist gerecht und einleuchtend für die Fälle zu 2 und 3 - ob es im Falle zu 1 haltbar bleibt, wird die Untersuchung des nächsten Kapitals ergeben.

Bis zu dem Augenblicke nun, da der Widerspruch erfolgt, beziehungsweise als nicht mehr zulässig erscheinen muss, herrscht ein Schwebezustand. Die Forderung des Aufrechnenden ist jedenfalls — und sofort — getilgt, die tilgende Wirkung der Anrechnungsbestimmung bezüglich der Forderung des Gegners ist noch

---

[1]) So Deichmann (Gr. Beitr.) 42 S. 583 ff.

[2]) Siber sagt mit Recht: Es entscheidet das processuale Princip der Beweislast. Wer im Processe zur Begründung der von ihm geltend gemachten Rechtslage sein oder eines Anderen Zuvorkommen nachzuweisen hat, wird sachfällig, wenn ihm dies nicht gelingt; insbesondere auch, wenn sich ergiebt, dass ein ihm günstiges Zuvorkommen n i c h t stattgefunden hat.

[3]) Vergl. Schade, der Aufrechnungsvertrag Nr. 16.

in suspenso[1]—[3]). Weigelin[2]) spricht von der aufschiebenden Bedingung, dass der Aufrechnungsgegner nicht von dem ihm zustehenden Rechte des Widerspruches gegen die Anrechnungsbestimmung Gebrauch macht.

Der Widerspruch muss gegen die Anrechnungsbestimmung selbst gerichtet sein, ein Widerspruch gegen die Aufrechnung als solche genügt nicht allein nicht[4]) — sondern hat überhaupt keinerlei Wirkung.

Im allgemeinen seien zu dem Wesen des Widerspruches noch folgende Punkte hervorgehoben.

I. Unververzüglich soll widersprochen werden. Darum folgt aus § 121 B. G. B. unmittelbar:

1) Unverzüglich ist zu widersprechen[5]), nachdem der Widerspruchsberechtigte von dem Widerspruchsgrunde Kenntnis erlangt,
2) Der einem Abwesenden gegenüber erfolgte Widerspruch gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Widerspruchserklärung unverzüglich abgesendet worden ist.
3) Ein Widerspruch ist überhaupt ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Anrechnungsbestimmung 30 Jahre verflossen sind. Auch hier ist diese Frist natürlich, wie allgemein nach § 121 B. G. B. eine vom Gegner zu beweisende Ausschlussfrist.

II. Die allgemeine Goldschmidt'sche Definition über das Wesen des Widerspruches ist richtig.[6]) Der Widerspruch ist:

„Das aussergerichtliche, einseitige, empfangsbedürftige Rechtsgeschäft [durch welches ein Aufrechnungsgegner die Anrechnung einer Gegenforderung, welche gegen eine von mehreren ihm zustehenden Forderungen aufgerechnet worden ist, gegen eine andere derselben nach Massgabe der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge bewirkt]!"

Der eingeklammerte Satz wird gerechtfertigt werden durch die Ausführungen des nächsten Kapitels. Hier ist zunächst nur festzustellen: Der Widerspruch ist Rechtsgeschäft, aussergerichtlich einseitig, empfangsbedürftig[7]), er ist keine compensatio compen-

---

[1]) Vergl. Lang a. a. O. S. 53 ff. — Dagegen Kuhenbeck § 396, 2.

[2]) a. a. O. S. 151.

[3]) So auch Goldschmidt. Dagegen Lippmann in Iherings Jahrbuch 43, S. 446 ff. 465 ff. — „Das Widerspruchsrecht ist materiellrechtlicher Natur, es leugnet die Rechtswirksamkeit der Aufrechnungserklärung, spricht ihr den Rechtserfolg ab. Es darf nicht zwischen Aufrechnung und Anrechnung geschieden werden." — Vergl. dagegen § 16 dieser Arbeit.

[4]) Lang a. a. O. — Bayr. O. L. G. 30. Juni 1904. B. O. L. G. Ztg. 5, 329 — Seufferts Arch. 60, 90 ff, besonders 92. — Deichmann a. a. O., S. 583 ff.

[5]) Vergl. Küntzel in Gr. Beiträgen Bd. 40, S. 148 ff.

[6]) cf. Goldschmidt a. a. O. § 1. Lang S. 53.

[7]) Wie die Anrechnungsbestimmung selbst. Vergl. § 16 dieser Arbeit. — Ehrlicher a. a. O. Seite 30.

sationis (Vergl. Kapitel VIII). Er ist keine compensatio compensationis, weil er keine Gegenaufrechnungserklärung enthält, er schliesst also durch sein Wesen selbst eine compensatio compensationis gerade aus. Es bleibe nun zunächst einmal dahingestellt, ob der Widerspruch seine Machtsphäre auch auf die andere Seite erstreckt, ob er eine andere Forderung des Gegners in compensationem zwingen kann, als die, welche dieser selbst in compensationem gebracht hat (darüber siehe § 16 und das nächste Kapitel) sondern vorweg sei hier die Frage erörtert, ob es nach geschehenem Widerspruche dem ursprünglich aufrechnenden noch freisteht, seine Erklärung, soweit sie sich auf seine Forderungen bezieht, umzustossen und etwa nun eine andere seiner Forderungen in compensationem zu stellen. Schon nach den Resultaten aus § 16, wie überhaupt aus rechtlichen und praktischen Gründen ist die Frage zu verneinen.

1) Der zuerst Aufrechnende hat aufgerechnet; seine in compensationem gebrachte Forderung wird, falls denn die Aufrechnung überhaupt möglich und zulässig war, eben durch seine Erklärung getilgt. Sie besteht nicht mehr, die Frage ist nur noch, durch welches Aequivalent sie als getilgt gelten soll.[1] [2])

2) Dieser scharfen Abschneidung ist auch praktisch nichts im Wege, weil eben der zuerst Aufrechnende über alle seine Forderungen freie Wahl hatte. Das Gesetz hat keine Veranlassung, eine etwa unvorsichtige Wahl zu schützen.

Ebensogut aber wird durch die Aufrechnungserklärung, falls kein Widerspruch erfolgt, die Forderung des Gegners getilgt. Die Compensation ist dann eben unwiderruflich geschehen. Klagt trotzdem der Aufrechnende seine in compensationem gebrachte Forderung ein, — die nicht mehr besteht — so ist die exceptio compensationis factae am Platze;[3] [4]) eine compensatio compensationis ist ausgeschlossen.

---

[1]) Vergl. dazu Meissner a. a. O. Anm. 2 zu § 396 B. G. B.

[2]) Crome S. 238: utile per inutile non vitiatur. — Lang S. 53 f. — „Die Aufrechnungsfähigkeit muss auch noch im Zeitpunkte des Widerspruches vorhanden sein.“ Fastenau a. a. O., Seite 51.

[3]) Vergl. dazu die auf dasselbe hinausführenden Ausführungen von Meissner a. a. O. Anm. 2 zu § 396. Meissner sagt hierzu noch, dass gegen eine exceptio compensationis natürlich eingewandt werden könne, dass der Aufrechnende vertragsmässig dem Compensationseinwande entsagt habe oder in der Ausübung des Compensationsrechtes vertragsmässig beschränkt sei. Dem ist natürlich beizustimmen, jedoch stellen sich diese Fälle nach den Resultaten dieser Arbeit nicht als compensationes compensationis oder als replicae compensationis dar, sondern als exceptiones oder replicae compensationis factae.

[4]) Liegt ein pactum de compensando vor und rechnet eine Partei entgegen dem Vertrage auf, so fragt es sich, ob die Aufrechnung gültig ist, wenn der Gläubiger ohne entweder zu widersprechen oder sich auf das pactum de compensando zu berufen, die Erklärung annimmt. Wohl nicht zu bezweifeln, weil in der Annahme — auch stillschweigend — ein Verzicht liegt. Für die Zahlung vergl. dazu Doesseler S. 19.

III. Fällt der Widerspruch im Processe, so ist er, wenn er auch eventuell Processhandlung sein kann,[1]) doch niemals eine replica compensationis oder gar compensatio compensationis, wie Meissner anzunehmen scheint.[2])

---

7. Kapitel.

§ 18.

Hat der mehrfache Schuldner ein Widerspruchsrecht? Die Aufrechnungserklärung ohne Anrechnungsbestimmung.

Schon im dritten Kapitel, als von der compensatis compensationis die Rede war, ist nebenher die Frage aufgetaucht, ob auch dem mehrfachen Schuldner gemäss § 396 Abs. 1 B. G. B. das Recht des Widerspruches zuzugestehen sei. Wir haben diese Frage dort mit Goldschmidt'schen Gründen verneint. Sie ist jedoch zu wichtig und die Beantwortungen derselben sind zu verschieden begründet, als dass wir uns mit dieser nebenher geschehenen Ablehnung begnügen könnten. Wir haben an dieser Stelle die Gründe der Gegner auf ihre Haltbarkeit zu prüfen.

Es ist zuzugeben: Der § 396 redet von dem „einen oder anderen Teile", der aufrechnende Teil bestimmt die Anrechnung, der jeweilig andere Teil kann widersprechen.

Danach sieht es freilich ganz so aus, als könne auch der mehrfache Schuldner durch seinen Widerspruch erreichen, dass der Gläubiger eine andere, als die von ihm zur Aufrechnung gestellte Forderung gegen die Gegenforderung des mehrfachen Schuldners aufrechne.

So ist denn auch vielfach behauptet worden, die Gleichberechtigung der Parteien sei gewahrt (Deichmann a. a. O.)

Wiederum soll hier Breit, vorzüglich gegen Kohler unser Führer sein.

Dass auch über die rechtliche Natur der Aufrechnung des Bürgerlichen Gesetzbuches sich verschiedene Theorien gegenüberstehen, dürfte bekannt sein. Auch für das bürgerliche Recht hat die Vinkulirungstheorie (cf. Kap. 2), die man nach obigen Resultaten für das Gemeine Recht schon halbwegs als überwunden betrachten konnte, auf Grund der unglücklichen Fassung des § 389 B. G. B. ihre Anhänger gefunden; und gerade von diesen — cf. Breit S. 133 — wird der § 396 zu einer Stütze ihrer Anschauungen gemacht.

[1]) Sehr umstritten. Vergl. Crome: Nur Processhandlung.
[2]) A. a. O. Anm. 2. Vor allen Dingen gerade nicht aus der Meissnerschen Begründung heraus.

Es ist Breit willig zuzustimmen, wenn er diese Auffassung bekämpft.

Kohler (die Aufrechnung nach dem B. G. B. Zeitschr. f. Civilproc. 24 S. 1 ff.), der die vorliegende Frage bejaht, begründet dies folgendermassen:

„Wenn A eine Forderung gegen B hat und B eine Forderung gegen A, sodass beide Forderungen im Vinkulirungsverhältnisse stehen, und wenn A eine neue Forderung gegen B erwirbt, so kann B seine Forderung nicht gegen den Willen des A mit der zweiten Forderung A gegen B kompensiren; dieser kann vielmehr verlangen, dass B gegen A mit der ersten Forderung (A gegen B) aufgerechnet werde.

„Man denke sich den Fall, dass die erste Forderung A gegen B jetzt bereits verjährt ist, aber im Momente der Vinkulirung noch nicht verjährt war. Könnte B. beliebig seinen Anspruch gegen die zweite Forderung A gegen B aufrechnen, so würde er die erstere dem sicheren Verjährungstode überliefern, während sie doch durch das Vinkulirungsverhältnis das Anrecht auf weitere Existens erworben hat: zu dem Zwecke, um für die Forderung B gegen A Zahlungsmittel zu bleiben.

„In gleicher Weise kann B Protest einlegen, wenn etwa A seine zweite Forderung A gegen B mit der Forderung B gegen A aufrechnen wollte, sodass die erste Forderung A gegen B fortbestehen bliebe. Dies könnte zur Folge haben, dass die alte Forderung A gegen B, die vielleicht vier Jahre im Vinkulirungsverhältnisse zur Forderung B gegen A gestanden hat, nunmehr mit allen Zinsen vom ersten Tage an die ganzen vier Jahre hindurch wieder lebendig würde.

„Mit anderen Worten: Bestehen auf der einen Seite mehrere Forderungen, so darf die Aufrechnung nicht im Widerspruche stehen mit einem Vinkulirungsverhältnisse, das in dem Momente bereits bestand, als für die zweite Forderung die Aufrechnungssituation entstanden ist.“

Zunächst führt Breit hiergegen aus, dass kraft des Widerspruchsrechtes, das die gesetzliche Reihefolge nach sich ziehe, doch jedenfalls, wenn man auch ein vorheriges Widerspruchsrecht zugeben wolle, jetzt aus dieser Vinkulirung die sich gegenüberstehenden Forderungen gelöst würden, falls die Aufeinanderfolge der Vinkulirungen nicht zufällig der gesetzlichen Reihenfolge entspricht.

Gerade so würde man in § 396 B. G. B. eine Durchbrechung des Vinkulirungsprincipes sehen müssen, nicht eine Bestätigung.

Ferner ist mit Breit gegen diese Auffassung energisch darauf hinzuweisen, dass der § 396 nicht mehr und nicht weniger sein soll als die Parallele zu § 366.[1])

[1]) „Die Bezugnahme auf diese Norm war ja nach den ursprünglichen Beschlüssen der zweiten Kommission lediglich für den Fall vorgesehen, dass der Kompensant eine Anrechnungsbestimmung nicht getroffen habe. Damit war aber, wie kaum zweifelhaft sein dürfte, nur die Bestimmung der zu

Was Breit (cf. Anm. 1) zur Begründung seiner Auffassung ausführt, ist zunächst zweifellos richtig, aber eine derartige Begründung kann nicht genügen, da auch sie nicht weit davon entfernt ist, in den Motiven und Protocollen Gesetze zu sehen.

Der Grund liegt vielmehr vor allem in folgendem: Nur die Forderung, welche der Compensant seinerseits zur Compensation stellt, ist in compensatione (Ehrlicher S. 32), kann für das vorliegende Aufrechnungsgeschäft in Betracht kommen, da es ja zweifellos in seiner Hand liegt ob er überhaupt aufrechnen will oder nicht. Ist dies der Fall, so kann man auch niemanden zwingen, eine andere als die seinerseits zur Compensation gestellte Forderung in das vorliegende, einmal entstandene Compensationsverhältnis hineinzuziehen. Mit anderen Worten: Der Widerspruch äussert seine Wirkung nur in einer Richtung; er ist, wie Goldschmidt sagt, kein Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung, sondern gegen die Anrechnungsbestimmung. Demnach würde § 396 S. 2 besser lauten:

„Ist die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt oder widerspricht der Aufrechnungsgegner einer derartigen Bestimmung unverzüglich . . .“

Ein Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung ist, wenn man einmal die Aufrechnungserklärung als einseitiges Rechtsgeschäft erkannt hat, ein Unding. So auch Oertmann a. a. O. S. 120.

Von diesem Standpunkte aus, das sie gleich hier eingefügt, ist daher auch jene Meinung die einzig richtige, die festlegt: Erklärt der eine Teil die Aufrechnung ohne von mehreren Forderungen seinerseits diese oder jene in compensationem zu bringen, so kann der andere Teil nicht widersprechen, wohl aber kann er seinerseits immer noch Aufrechnungen mit voller Wirksamkeit vornehmen. Vergl. § 16 dieser Arbeit. Hier weicht Ehrlicher ab, Seite 36 unter 3.

So kommen wir zu demselben Resultate wie Breit. Cf. auch Dernburg II, S. 335; anders Oertmann Anm. 3 zu § 396, der in diesem letztgenannten Falle inconsequent die entsprechende Anwendung des § 396 vorschlägt.

Auch Breit zieht an dieser Stelle die soeben angeführte Consequenz der Unwirksamkeit einer Aufrechnung die erklärt

---

tilgenden Gegenforderung, nicht der zur Compensation gebrachten eigenen Forderung gemeint: Wie im Falle der Realzahlung beim Mangel einer ausdrücklichen Anrechnungserklärung zunächst die für den Gläubiger unsicherste Forderung als getilgt gelten sollte, so sollte auch bei Befriedigung durch Compensation der Compensant sich gefallen lassen müssen, dass die ohne nähere Bestimmung erklärte Aufrechnung auf die unsicherste Forderung des Gegners angerechnet würde. Der Fall, dass der mehrfache Gläubiger compensirt, ohne die zur Aufrechnung gewandte Forderung zu verzeichnen, war durch E. I. § 284, E. II. a. § 340 nicht getroffen; insoweit tritt also nicht etwa eine Ergänzung kraft Gesetzes ein. Durch die nachträglich erfolgte Einschaltung des Widerspruchsrechtes ist an diesem Standpunkte nichts geändert worden. Sonach wird man als Grundsatz festhalten müssen: Forderungen des aufrechnenden Teiles kommen nur zur Compensation, wenn er erklärt, mit ihnen aufrechnen zu wollen.

wird, ohne dass von eigener Seite eine Forderung in compensationem gebracht wird.

Ebenso beschäftigt sich Goldschmidt eingehend mit der vorliegenden Frage und kommt zu demselben weiteren Resultate, das nur der mehrfache Gläubiger das Recht des Widerspruches hat, nicht der mehrfache Schuldner.[1])

Goldschmidt S. 76 führt hierzu noch aus, was ja auch mit dem gewonnenen Resultate nicht in Widerspruch steht, dass „selbstverständlich principiell der mehrfache Schuldner (auch) nach dem B G. Buche aufrechnen kann, wie er will, er hat ein „vollkommen freies Anrechnungsrecht".

Will also der mehrfache Schuldner eine allerdings bei diesem Resultate mögliche ungerechte Aufrechnungsweise oder vielmehr Anrechnungsbestimmung des Gläubigers vermeiden, so hat er kein anderes Mittel als seinerseits zuerst aufzurechnen: „Neglegenti non fit iniuria." Cf. Breit, der Seite 137 an einem Beispiele nachweist, dass der Standpunkt des Gesetzes sehr wohl zu Unzuträglichkeiten führen kann.

Schollmeyer ist der Ansicht, das der Widerspruch sich richten kann nur gegen die Bestimmung, welche der Compensant hinsichtlich der Forderung des Compensaten, gegen welche aufgerechnet werden soll, getroffen hat. Über seine eigene Forderung zu disponiren, sei lediglich seine Sache.[2])

So stimmt auch Schollmeyer mit der hier vertretenen Ansicht überein. Merkwürdigerweise aber leugnet Schollmeyer ebenso wie Ehrlicher cf. Seite 74 dieser Arbeit, die sich ergebenden Consequenzen, dass nämlich eben eine Aufrechnung unwirksam sei, solange der Compensant keine Bestimmung über seine Forderung getroffen hat, indem er ausführt (S. 349 unter 1) zunächst, dass — was zweifellos ist — Raum für § 366 Abs. 2 vorhanden ist, wenn der Kompensant die Bestimmung der Forderung, gegen welche aufgerechnet werden, unterlässt — und sodann fortfährt:

„Zweifelhaft ist dagegen die entsprechende Anwendung, wenn der Kompensant es unterlassen hat, diejenige seiner Forderungen zu bestimmen, welche er zur Aufrechnung verwenden will. Dernburg (B. R. II. § 129 a. E. und im Resultat über-

[1]) So auch Doesseler a. a. O. S. 56 — weitere Ausf. S. 57. Planck Bem. 3 zu § 396. — Staudinger R. G. B. 1908 S. 331.

[2]) Cf. Schollmeyer S. 350 unter 2: „Wird ordnungsgemäss Widerspruch erhoben, so ist die Wirkung des § 389 nicht eingetreten, sondern es ist die Forderung des Compensanten und diejenige Forderung des Compensaten mit rückwirkender Kraft getilgt, welche sich aus der entsprechenden Anwendung des § 366 Abs. 2 ergiebt. Sobald also der Forderung des Compensanten mehrere aufrechenbare Gegenforderungen des Compensaten gegenüberstehen, ist bis zum Widerspruch des Compensaten in der Schwebe, ob die vom Compensanten bezeichnete Forderung oder die durch entsprechende Anwendung des § 366 Abs. 2 sich ergebende getilgt ist. Nicht dagegen ist in der Schwebe, dass die Forderung des Compensanten getilgt ist, während es andererseits auch bei ihr noch unentschieden ist, von welchem Zeitpunkt an sie als erloschen gelten müsse, weil sich dieser Zeitpunkt mit Rücksicht auf die Forderung, gegen welche aufgerechnet wird, bestimmt (§ 389)."

einstimmend Planck Bem. 3 zu § 346) nimmt hier an, dass eine solche Aufrechnungserklärung unwirksam sei, weil sie der nötigen Bestimmtheit entbehre, und hält die Fassung des Gesetzes ungenau. Letzteres ist zwar insofern zuzugeben, als im § 366 Abs. 2 natürlich nur von den gegen den Schuldner gerichteten Forderungen die Rede sein konnte, während bei der Aufrechnung auch die Forderungen des Schuldners gegen seinen Gläubiger in Betracht kommen. Auf der anderen Seite aber findet sich im I. sowohl (§ 284) als im II. E. (§ 340) die gleiche Fassung und an derselben ist niemals Anstoss genommen, sodass man um die Bestimmung des Gesetzes, nach welcher die entsprechende Anwendung sich auf die beiderseitigen miteinander aufzurechnenden Forderungen bezieht, schwerlich herumkommt Auch wird man mit Planck kaum sagen können, dass bei einer Erklärung des Compensanten (nicht Compensaten!), er rechne von seinen namhaft gemachten Forderungen eine auf, keine berücksichtigt werden könne, weil keine vom Compensanten zur Aufrechnung verwendet worden sei: denn eine ist sicher verwendet, es ist nur unbestimmt, welche. Hat danach der Compensant die Forderung, mit welcher er aufrechnen will, nicht bestimmt, wohl aber die Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, so wird die Unbestimmtheit durch entsprechende Anwendung des § 366 Abs. 2 beseitigt, während die Bestimmung der Forderung des Compensaten bestehen bleibt, wenn dieser nicht widerspricht.

„Ist endlich auf beiden Seiten Unbestimmtheit vorhanden, so erfolgt auch ohne Widerspruch des Compensaten ihre Beseitigung gemäss § 366 Abs. 2."

Dass eine derartige Auslegung des Gesetzes mit den weiteren Resultaten Schollmeyer's unter No. 2 als Consequenz aus diesen in direktem Widerspruche steht, scheint Schollmeyer gar nicht zu fühlen. Man kann nicht den Grundsatz aufstellen: „Das Widerspruchsrecht richtet sich nur gegen die Bestimmung, welche der Compensant hinsichtlich der Forderung des Compensaten, gegen welche aufgerechnet werden soll, getroffen hat" — und zugleich der Aufrechnungshandlung eine so weite Dehnbarkeit geben, wie oben geschehen. Hält man einmal daran fest, dass durch die Erklärung des Compensanten unabänderlich nur die Forderungen in das vorliegende Aufrechnungsgeschäft hineingezogen werden und in demselben zur Verfügung stehen, welche er ausdrücklich in compensationem bringt, so muss man auch die Folgerung ziehen, dass eben keine Aufrechnungserklärung vorliegt, wenn er keine seiner Forderungen nominatim in compensationem stellt. Eine einseitige Aufrechnungserklärung braucht ihrem Wesen nach eine strikte positio in compensationem, in den anderen sehr vagen Fällen könnte man höchstens von einer Offerte reden, und auch das noch nicht einmal mit grossem Rechte, wenn jene Erklärung keine Anrechnungsbestimmung für keine Seite, auch nicht für die des Aufrechnungsgegners enthält.

Gerade in diesem Falle, der schärfsten Consequenz, zeigt sich am schärfsten auch ihre Unhaltbarkeit. Also zwei Parteien,

die gegeneinander Forderungen haben, stehen sich gegenüber. Ohne jede weitere Angabe erklärt eine Partei: ich rechne auf. In diesem factum soll das Gesetz eine genügende Berechtigung finden, um einzuspringen. In einer derartigen „Aufrechnungserklärung", wenn man ihr denn noch diesen Titel geben will, ohne Anrechnungsbestimmung liegt weiter nichts als höchstens die Erklärung der Bereitwilligkeit zur Aufrechnung, und um diese hat sich das Gesetz absolut nicht zu kümmern.

Nur daran hat das Gesetz Interesse, dass derjenige geschützt wird, der im Vertrauen auf Aufrechnung seine Forderung nicht rechtzeitig eintreibt, also z. B. verjähren lässt.

Eck, oder in diesem Falle wohl mehr Leonhard, sein Herausgeber schliesst sich ohne Begründung der Schollmeyerschen Lehre an.

Auch die Goldmann-Lilienthalsche Darstellung vertritt diese Meinung, Anm. 3, S. 435.

Hier aber ist wenigstens Consequenz.

Den Satz Schollmeyers: „Denn über diese Forderung zu disponieren, ist lediglich dessen Sache", fassen Goldmann und Lilienthal als petitio principii auf. Ja, aber wie dann? Wenn mir selbst die Möglichkeit genommen ist, aufzurechnen von meinen Forderungen, welche ich will, dann ist das ganze Widerspruchsrecht ein überflüssiger Zierrat, ein bischen Beiwerk. Dann hätte das Gesetz ebensogut gleich bestimmen können, dass eine Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen überhaupt nur nach der in § 366, Abs. 2, gegebenen Skala vorgenommen werden könne. Giebt man zu, dass der Aufrechnungsgegner jede beliebige mir passende Aufrechnung vereiteln kann, auch bezüglich meiner Forderungen, so wird das Resultat stets sein, dass kraft des Widerspruches der gesetzlichen Reihenfolge gemäss die Aufrechnung vor sich geht.

Dass bei unserem Resultate vielleicht einmal einem wohlberechtigten Interesse des anderen Teiles nicht Rechnung getragen wird, ist klar und unbestritten (so auch eben schon Breit). Wenn man das nachweist, begründet man aber keine andere Anschauung. Es ist Dernburg zuzustimmen, wenn er sagt, dass eine ungenaue Fassung des Gesetzes vorliege. Daran kann auch das von Goldmann und Lilienthal gebrachte Citat aus den Protocollen nichts ändern. Hatte man beschlossen, ohne Unterscheidung zwischen beiden Fällen zu bestimmen, dass die Vorschriften über die Verrechnung bei der Zahlung Anwendung finden sollen, wenn der andere Teil der Bestimmung unverzüglich widerspricht, so hätte man dies im Gesetze präzise zum Ausdrucke bringen sollen.

Endemann B. G. B., Bd. I., S. 833, Anm. 29, meint, dass die Norm deutlich verordnet sei, sie müsse daher als entscheidend anerkannt werden. — Die Deutlichkeit erscheint doch recht zweifelhaft.

Aber noch weiter, Goldmann und Lilienthal (ebenso Ehrlicher, Seite 36) wollen ebenfalls dann, wenn der Aufrechnende überhaupt nicht bestimmt, welche seiner Forderungen er aufrechnen

will, die Erklärung des Aufrechnenden wirksam sein lassen. In dem dazu gegebenen Beispiele nun (S. 435) übt der Aufrechnende lediglich ein Zurückbehaltungsrecht aus. Seine Erklärung enthält. das kann allerdings nicht bezweifelt werden, eine „Aufrechnungserklärung" des Zurückbehaltenden. Diese kommt als solche aber nicht zur Wirksamkeit. Eine Aufrechnung der gesetzlichen Skala gemäss ist damit noch nicht vollzogen. Die Aufrechnungserklärung des B. G. B. ist, wie schon gesagt, ein festes einseitiges Rechtsgeschäft, das einen bestimmten Gegenstand haben muss, das sich unbedingt an ein bestimmtes Objekt knüpfen muss, um wirksam zu sein. Das wird hauptsächlich übersehen. Man könnte hier von einem objektbedürftigen Rechsgeschäfte sprechen. Eine Aufrechnung, wie sie das Beispiel schildert, mag im gewöhnlichen Leben in Bausch und Bogen geschlossen eine vertragliche Wirkung ausüben; es hat aber keine Berechtigung die Behauptung, dass mit ihr eine Aufrechnung der gesetzlichen Skala gemäss vollzogen sei.

Nach alledem wird an folgenden Resultaten festgehalten:

I. Da dss Widerspruchsrecht des Aufrechnungsgegners nur als ein Widerspruch gegen die Anrechnungsbestimmung zu betrachten ist, hat nur der mehrfache Gläubiger das Recht des Widerspruches, nicht der mehrfache Schuldner.[1]) Staudinger Seite 330.

II. Eine Aufrechnungserklärung ohne Bestimmung der Forderung, welche der Compensant zur Aufrechnung bringen will, ist unwirksam. Daher ist ein Widerspruch hier nicht gegeben, selbst wenn der Compensant erklärt hat, gegen welche Forderung er aufrechnen will. Der andere Teil verliert seinerseits das Aufrechnungsrecht auch dann nicht.[2])

---

8. Kapitel.

§ 19.

Der Widerspruch ist keine compensatio compensationis.

Giebt es sonst compensationes compensationis nach neuem Rechte?

Mit Goldschmidt ist, wie schon mehrfach betont ist, zu sagen (§ 1):

Der Widerspruch aus § 396 B. G. B. ist keine compensatio compensationis, denn er gibt keine Gegenaufrechnungserklärung,

[1]) A. M. auch Lang a. a. O. S. 53 f. unter β — der dann auch für den Fall, dass auf beiden Seiten mehr. Ford. stehen, die für ihn richtige Consequenz zieht.

[2]) Dernb. B. R. S. 335. — A. M. Matthiass S. 440. — Örtmann S. 120. Wie hier: Nolte S. 94. — Staudinger S. 331 oben. Vergl. auch Planck, Anm. 3 zu § 396. — Endemann B. G. B. S. 834 Anm. 29.

seine Folge ist nur der Eintritt einer gewissen Compensation kraft Gesetzes. Goldschmidt S. 7: „Der Widersprechende begründet durch seinen Widerspruch die anderweitige Anrechnung, der Widersprechende rechnet aber nicht auf."

Die Begründung Goldschmidts ist überzeugend; Vergl. S. 7. 8. „Der Widerspruch wird auch dadurch, dass die Compensation im Prozess erklärt wird, in keiner Weise zu einer Prozesshandlung." — Wohl möglich, aber warum wird denn die compensatio compensationis dadurch, dass sie im Prozesse erklärt wird, zu einer Prozesshandlung, die sich nach Goldschmidt so ummodeln soll, dass sie keine compensatio compensationis mehr ist?

Alles weitere über das Wesen des Widerspruchsrechtes gehört an andere Stelle.

Das Widerspruchsrecht schliesst an sich eine compensatio compensationis aus, es gilt also auch für das B. G. B. der Grundsatz:

compensatio compensationis non datur.

So auch Türcke, Anm. 3 zu § 396, der leider nur für den Widerspruch den Ausdruck Aufrechnungsreplik verwendet. cf. dazu Rehbein a. a. O., S. 357.

Wir müssen hier noch jene beiden Ausnahmefälle des Gemeinen Rechtes im Lichte des neuen Widerspruchsrechtes betrachten.

I. Nichtkonnexe Ansprüche werden vor konnexen aufgerechnet. Das Gesetz sagt nichts über eine etwaige Bevorzugung. Kraft des Widerspruches ist eine compensatio compensationis undenkbar.

Aber Goldschmidt, S. 13 unten verweist auf einen anderen Weg: er zieht § 390 B. G. B. in Verbindung mit § 273, Abs. 1 B. G. B. heran. Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden. Diese Einrede ist die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes. Ist nun auf diesem Umwege doch eine compensatio compensationis in das B. G. B. eingeschlichen? In Betracht kommen wieder die oben unter A 1 und B 2 genannten Fälle,

1. B rechnet auf y gegen z (nicht konnex). A hat eine Forderung x ausserdem, die mit y konnex ist. Es steht nun in der Hand des A, ob er von seiner Zurückbehaltungseinrede Gebrauch machen will und auf sie die Ungültigkeit der geschehenen Aufrechnung gründen will oder nicht. Tut er das erstere, so hat dies, wie Goldschmidt selbst sagt, der gemeinrechtlichen Compensation analoge Wirkung. Hier muss das widerholt werden, was oben bereits für das Gemeine Recht ausgeführt worden ist, dass diese Wirkung eben keine Wirkung der Zurückbehaltungseinrede, sondern einer notwendigerweise mit ihr verbundenen Gegenaufrechnungserklärung ist. Es ist also tatsächlich damit eine compensatio compensationis auf Umwegen auch nach dem B. G. B. gegeben, obwohl § 396 diesen Gedanken ursprünglich auszuschliessen scheint. Dagegen Goldschmidt S. 14.

Ein Widerspruchsrecht des anderen Teiles, das an und für

sich nicht unmöglich ist, wird hier demnach zweifelhafter Natur, da dasselbe so oft durch die Einwendung der Unmöglichkeit der Aufrechnung wegen §§ 390, 273 enkräftet werden kann, bis eben der connexe Gegenanspruch an der Spitze steht.

Diesen Standpunkt vertritt das Gesetz. Empfehlenswert ist er nicht. Die Einrede aus § 273 hätte für § 390 ausgeschlossen werden müssen. Das ist aber nicht geschehen.

II. Der unter B 2 angeführte Fall ist folgender: A rechnet auf gegen y seine Forderung z. A hat mit y connexe Forderung x. Wiederum sind wir auf § 390 angewiesen. Hier führt nun Goldschmidt aus, dass § 390 versagt:

„Er bestimmt zwar dass eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann, aber er bestimmt nicht, dass auch gegen eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden könne."

So auch Weigelin S. 63.

Auch die Folgerungen, die Goldschmidt daraus zieht, sind zuzugeben. Vor allem dieses (S. 20):

„Nur der Aufrechnungsgegner, der mehrfacher Gläubiger ist, kann die Aufrechnung einer Gegenforderung, welcher ein connexer Gegenanspruch auf seiner Seite noch entgegensteht, rügen."[1])

Wenn Goldschmidt auch hier sagt (S. 26): „Diese Rüge ist keine compensatio compensationis, sondern die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes oder des nicht erfüllten Vertrages", so ist dagegen zum dritten Male zu widerholen: Mit dieser Rüge muss eine compensatio compensationis notwendigerweise verbunden sein; denn käme in der Rüge nicht der Wille zum Ausdruck, nun eine Compensation der Rüge gemäss durchzuführen, so wäre diese Rüge chikanös und zwecklos. Es wäre doch ein Unding, wenn diese Rüge, sich gründend auf Zurückbehaltungsrecht allein, nun keine Compensationserklärung mit Compensationswirkung enthalten sollte, sodass der Rügende vielleicht aus dem Streite als Sieger hervorginge, sich aber nachher um seine Rüge nicht mehr zu kümmern brauchte und eventuell anders aufrechnen könnte. Soll da das ewige Spiel hin und her gehen, dass nun der andere Teil diese Rüge vorbringen müsste usw. ad infinitum? Fällt diese Rüge im Prozesse, so zeigt sich hier nur die Gegenaufrechnungserklarung nicht im Gewande der replica compensationis (im engeren Sinne), die sonst stets das der prozessualen compensatio compensationis eigentümliche Gewand bildet, sondern als notwendige Zugabe zu einer anders gearteten Replik. Das ändert aber nichts an ihrem Vorhandensein.

Das Resultat ist demgemäss in diesem Falle folgendes:

Auch hier gibt es eine compensatio compensationis; jedoch

[1]) Vergl. auch S. 21: „Jedermann hat ein Recht darauf, dass sein liquider Anspruch nicht durch Geltendmachung eines zerstörbaren Gegenanspruchs zerstört werde; aber niemand kann ein Recht darauf haben, dass sein in mehrfacher Weise zerstörbarer Anspruch auch nun wirklich in der Weise zerstört werde, wie er es verlangt."

ist das Reich derselben eng umgrenzt dadurch, dass gemäss § 390 B. G. B. nur der Aufrechnungsgegner, der mehrfacher Gläubiger ist, und auf seiner Seite einen konnexen Gegenanspruch hat, die Rüge und mit ihr die compensatio compensationis vorbringen kann.[1])

Wir haben hier eine bedauerliche Halbheit des Gesetzes constatiren müssen, die in der Fassung des § 390, Satz 1 ihren Grund hat.

Am einfachsten wäre ja die Lösung, wenn man dem § 390 Satz 1 jene weitere Wirksamkeit zuweisen würde. Zweifellos hat man dieses gewollt. Aber bei der einmal herrschenden Unterscheidung zwischen „Aufrechnung mit" und „Aufrechnung gegen" können wir dem § 390 dieses weitere Anwendungsgebiet vorläufig nicht zuweisen. Auf eines sei hier noch hingewiesen. In den früheren Fassungen steht: Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht zur Aufrechnung gebracht werden.

Im Gesetze ist dies geändert. Warum? Die ältere Fassung hätte eventuell noch die weitere Deutung zugelassen.

Im grossen und ganzen bleibt aber dennoch nach den gewonnenen Resultaten diese Ausnahme für das B. G. B. bestehen.

Damit, dass § 396 über die vorliegende Frage schweigt, kann man nicht einfach diese Consequenzen von der Hand weisen, wie dieses z. B. Schlichting und Weissmann a. a O. tun.

Wenden wir uns nun dem zweiten Ausnahmefalle zu: Liegt auch für das neue Recht beim Berufen auf ein entgegenstehendes Aufrechnungsgeschäft eventuell (cf. oben) eine compensatio compensationis vor?

Hier ist nnn lediglich dasselbe zu wiederholen, was mit Goldschmidt oben für das Gemeine Recht constatirt wurde.

Bemerkt sei dazu hier nur noch folgendes: Goldschmidt sagt S. 35 sehr richtig:

„Im übrigen kann ein solcher Widerspruch auch von dem mehrfachen Schuldner erhoben werden, da auch dieser sich Nichtbeachtung eines entgegenstehenden pactum de nominibus compensandis nicht gefallen zu lassen braucht". — Der Sinn ist richtig, besser jedoch wird hier der Ausdruck Widerspruch überhaupt vermieden, da eben kein Widerspruch im Sinne des B. G. B. sondern eine compensatio compensationis vorliegt.

Goldschmidt fährt sogar so fort, dass man meinen könnte, diese compensatio compensationis sei tatsächlich ein Widerspruch im Sinne des § 396 B. G. B., nur freilich mit Ausschaltung der gesetzlichen Folge und hiergegen hat er sich in § 1 selbst verwahrt. Er sagt nämlich:

„Ist nun aber der Widersprechende hier der mehrfache Schuldner, so kann der Widerspruch keine Anrechnung nach Massgabe des pactum zur Folge haben, denn die nach Massgabe des pactum aufzurechnende zweite Gegenforderung ist nicht in compensatione."

[1]) cf. Staudinger a. a. O., S. 331.

Damit gibt uns Goldschmidt selbst die Waffen in die Hand. Gerade deswegen liegt hier eben dann eine compensatio compensationis vor, die sich von der anderen compensatio losgesagt hat, und auf Grund des pactum de nominibus compensandis selbstständig vorgeht. Das eben ist ja das charakteristische Moment an jenem zweiten Falle einer compensatio compensationis (vergl. Definition), dass hier die Möglichkeit gegeben ist, kraft einer compensatio compensationis eine nicht in compensatione befindliche Forderung in dieselbe hineinzuziehen.

Halbwegs scheint Goldschmidt dieses auch selbst zu fühlen, wenn er weiter unten fortfährt:

„Man beachte aber, dass die Aufrechnungserklärung des Aufrechnungsgegners nur dann eine compensatio compensationis ist, wenn die Erklärung dieser Gegenaufrechnung notwendig war, um die Präsumtion zu widerlegen, als bedeute das Schweigen des Aufrechnungsgegners auf die dem pactum zuwiderlaufende Aufrechnungserklärung die Annahme einer Offerte zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages. Wo dies nicht der Fall ist, ist die Erklärung dieser Gegenaufrechnung überflüssig, und dieselbe keine compensatio compensationis; die Geltendmachung des pactum bleibt dann vielmehr einer Widerrede (?) im Prozess behalten."

Zunächst wird diese Erklärung einer compensatio compensationis demgemäss immer notwendig sein; die Befürchtung, ein Unterlassen werde falsch ausgelegt werden, wird stets berechtigt sein, denn zum Spasse schliesst man keine Verträge ab.

Ganz abgesehen davon, ist dies auch für die vorliegende Frage nach unserer Entscheidung recht gleichgültig. Wollte man nämlich selbst zugeben, was aber bestritten wird, dass eine compensatio compensationis hier aussergerichtlich überhaupt ausgeschlossen sein müsse, oder zugeben, dass die Geltendmachung jener Widerrede dem Prozesse vorbehalten bleibt, so müsste man die compensatio compensationis gegen Goldschmidt doch sofort wieder aufnehmen, da wir oben festgelegt haben, dass eine derartige Widerrede, Geltendmachung des pactum, Zurückbehaltungsrechtes etc. ohne gleichzeitige compensatio compensationis chikanös und wirkungslos wäre.

---

9. Kapitel.

§ 20.

Die Aufrechnung bei Forderungen mit Hauptleistungen, Zinsen und Kosten.

(Für das Gemeine Recht vergl. § 12 d. Arbeit.)

Schon unter der Herrschaft des Gemeinen Rechtes war es unbestritten, dass bei verzinslichen Forderungen die Gegenschuld

vorweg auf die Zinsen aufgerechnet werden solle. Ebenso mussten natürlich auch die Kosten vorweg bezahlt und aufgerechnet werden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch § 396, Abs. 2, bestimmt:

Schuldet der aufrechnende Teil ausser der Hauptleistung Zinsen und Kosten, so finden die Vorschriften des § 367 entsprechende Anwendung."

§ 367 bestimmt:

„Hat der Schuldner ausser der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten,[1]) so wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet. Bestimmt der Schuldner eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen."

Wie bei der Aufrechnung überhaupt, muss auch hier[2]) Gleichartigkeit von Hauptschuld, Zinsen und Kosten vorhanden sein. Eine Anrechnung auf Kosten kommt also,[3]) nur bei Geldschulden in Betracht. Dagegen ist der Begriff der Zinsen an sich ein weiterer; ein Zinspflicht in Geld z. B. kann auch dann bestehen, wenn die Hauptschuld auf andere vertretbare Leistungen gerichtet ist. Selbstredend ist in einem solchen Falle die Gleichartigkeit trotzdem gewahrt, d. h. von einer Aufrechnung nach § 396, Abs. 2, ist auch eventuell eine Zinspflicht nicht auszuschliessen, deren Hauptleistung auf eine aliud geht und damit ist eben natürlich nicht gesagt, dass sie nicht sonst mit ihrer Gegenforderung das Prinzip der Gleichartigkeit wahren müsste.[4])

Nun soll hier gleich eine Frage erledigt werden, welche für die folgenden Auseinandersetzungen von Wichtigkeit sein wird. Wir werden nämlich in einigen Fällen unterscheiden müssen, ob die Forderung von Hauptleistungen, Kosten und Zinsen eine einheitliche ist oder nicht. Meistenteils wird man dieses nach der Lage des einzelnen Falles entscheiden müssen.[5])

Planck giebt folgendes Beispiel:[6]) Der Anspruch auf Verzugszinsen ist z. B. nur eine Erweiterung des Anspruches auf die Hauptleistung, der Anspruch auf vertragsmässige Zinsen ein rein selbständiger Anspruch.

Ich kann mich mit diesem Beispiele nicht befreunden. Ich finde, gerade Verzugszinsen, gewissermassen eine gesetzliche

---

[1]) Weil der Schuldner zu entrichten hat, kommen nur fällige Forderungen in Betracht. Eccius a. a. O., S. 469.

[2]) cf. Doesseler, S. 16 a. a. O.

[3]) so mit Recht Doesseler.

[4]) So verstehe ich Doesseler a. a. O.

[5]) Mag dem Wortlaute § 367 — so mit Recht Doesseler S. 15 — bezieht sich dieser Paragraph nur auf den Fall, dass die ausser der Hauptleistung geschuldeten Zinsen und Kosten mit ersterer zusammen eine Schuld bilden. Sprachgebrauch ohne rechtliche Absicht. cf. Schollmeyer S. 290. — Gerade entgegengesetzt Eccius: Zur Lehre von der Zurückweisung von Teilzahlungen, der meint, dass die Vorschrift des § 367 sich beziehe auf Fälle, wo die Nebenleistungen selbständiger Natur sind. (Gr. Beitr. 49, 469.)

[6]) Planck Anm. 1 zu § 367, Seite 221.

Strafe, deren Höhe wie die einer Zinssumme procentualiter bestimmt wird, haben eine selbständigere Stellung als andere Zinsen, die kraft Vertrages aus dem Kapitale fliessen.[1]) Darauf kommt es nicht an, wie Schlichting a. a. O. p. 72 meint, dass die Vertragszinsen deswegen selbständiger sind, weil sie ihre Existenz einem besonderen, das Versprechen der Hauptleistungen begleitenden Nebenversprechen verdanken. Das werden Zinsen in 99 von 100 Fällen immer tun, und dann wird eine Vorwegbefriedigung auf Kosten und Zinsen, die der Aufrechnungsgegner schuldet, so gut wie illusorisch.

Viel eher könnte meiner Ansicht nach schon ein verjährter Anspruch auf rückständige Zinsen eine selbständige Forderung darstellen. Beispiele lassen sich schwer finden, da eben nach der hier vertretenen Ansicht fast alle Kosten- und Zinsenansprüche keine selbständigen Ansprüche darstellen. Auch nicht (cf. Schollmeyer S. 280) solche Kosten, deren Tragung der Schuldner freiwillig übernommen hatte z. B. Kosten eines Vergleiches über die Hauptleistung. Vergl. im übr. Doesseler S. 15 ff.

Weiterhin muss sodann unterschieden werden, ob der Gläubiger einer auf Hauptleistung, Zinsen und Kosten gerichteten Forderung aufrechnet oder der Schuldner.[2]) Das Gesetz regelt nur den letzteren Fall: Schuldet der aufrechnende Teil etc.

I. 1) Der Gläubiger der betreffenden Forderung rechnet auf; Hauptleistung, Zinsen und Kosten sind selbständiger Natur. Dann ist, obwohl das Gesetz dieses nicht ausdrücklich sagt, zweifellos Raum für entsprechende Anwendung von § 396 II.[3])

2) Der Gläubiger der betreffenden Forderung rechnet auf; Hauptleistung, Zinsen und Kosten sind nicht selbständiger Natur. Vergl. hierzu Schlichting S. 73. Nach den dortigen Ausführungen wird mit Recht wiederum zuerst auf Kosten, dann auf Zinsen, dann auf Hauptleistung aufgerechnet. Nur in diesen Fällen unter I brauchen wir jene erwähnte Unterscheidung, denn:

II. Wenn der Schuldner der auf Hauptleistung, Zinsen und Kosten gerichteten Forderung die Aufrechnung erklärt, so kommt gemäss § 396 II der § 367 zur Anwendung. Ob Zinsen und Kosten selbständige Ansprüche sind oder nicht, bleibt in diesem Falle dem klaren Wortlaute des Gesetzes gegenüber ausser Betracht.

Bestimmt nun aber der Compensant als Schuldner eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen. Das braucht nicht einmal unverzüglich zu

[1]) Gegen die hier vertretene Ansicht auch Doesseler a. a. O. S. 15. Es soll dabei nicht geleugnet werden, dass Zinsen die auf einem Vertrage beruhen, dadurch nicht ebenfalls eine selbständige Position haben könnten.

[2]) So auch Lang a. a. O. S. 53 ff.

[3]) Lang a. a. O. S. 53 ff. Planck § 396, 2. Schollmeyer § 396, 5. Rehbein S. 354, alle ohne die hier gemachte Unterscheidung. Vergl. Nolte a. a. O. S. 92 unten, 94, 95 — der jede praktische Bedeutung der Unterscheidung leugnet.

geschehen, wie nach Abs. 1,[1]) muss jedoch immerhin so schnell geschehen, dass aus dem Stillschweigen nicht auf ein Einverständnis geschlossen werden kann.[2]) Die Anrechnung gilt dann als überhaupt nicht erfolgt.[3]) Ist man hier der Meinung,[4]) dass der Gläubiger eine Teilleistung ablehnen kann, so kommt man mit Eccius zu dem Resultat, dass der Gläubiger eine Leistung soweit sie die Nebenleistungen deckt, anzunehmen verpflichtet ist, daneben aber den auf das Kapital fallenden Teil der Leistung doch noch als Teilleistung zurückweisen kann.[5]

Während also sonst das Princip der einseitigen Aufrechnung überall streng durchgeführt ist, ist hier die Bestimmung des Compensanten nicht massgebend. Ebenso hat der Aufrechnungsgegner kein Widerspruchsrecht, dessen Folge eine Compensation gemäss der gesetzlichen Skala wäre, sondern die einseitige Anrechnungsbestimmung verliert hier jede Wirkung, sie wird nichtig.[6])

Das ist eine Inkonsequenz des Gesetzes, die Sontag a. a. O. Seite 21 mit Recht der Verweisungspraxis des B. G. B. in die Schuhe schiebt. Die meisten Schriftsteller nun kommen über diesen peinlichen Punkt hinweg, indem sie einfach eine Ausnahme constatieren — so Planck, Deichmann, Goldschmidt — oder annehmen, es handele sich rückwärts um die Offerte zu einem Compensationsvertrage, wie Schlichting (S. 75) kühn und unhaltbar behauptet; denn § 367 sagt: Bestimmt der Schuldner eine andere Anrechnung etc. Die geschehene Aufrechnungserklärung ist also durch Metamorphose in eine Offerte nicht aus der Welt zu bringen.

Man muss versuchen, eine andere Auslegung zu finden, welche diese Inkonsequenz vermeidet und dennoch zu einem befriedigenden Resultate führt.

Dies hat Sontag a. a. O. versucht.[7])

---

[1]) Dernburg B. G. B. II, S. 334. — Crome a. a. O. S. 238. — Weigelin a. a. O. S. 145. — Lang a. a. O. S. 53 ff.

[2]) Goldmann, Lilienthal a. a. O. S. 436. Anm. 4. Vergl. auch Ehrlicher S. 46.

[3]) Bendix a. a. O. S. 365. Lang S. 53 ff. dort Litteratur. — (Goldschmidt, Planck, Rehbein). Nolté a. a. O. S. 91. — Fastenau, S. 55.

[4]) Vergl. letztes Kapitel dieser Arbeit.

[5]) Eccius a. a. O. S. 469.

[6]) So Planck S. 265, Anm. 2 zu § 396, Dernburg S. 334, Matthiass S. 440, Staudinger S. 331, Oertmann S. 263 oben, auch Doesseler, der hier nur leider von einem Widerspruche redet. Windscheid-Kipp. S. 448. Goldmann-Lilienthal S. 436. — Scherer a. a. O. III, S. 183, I S. 84 — gegen Sontag. — Ehrlicher desgleichen S 46 ff. Nolte S. 91.

[7]) cf. a. a. O. Seite 12. „Es wird darauf ankommen, bei der entsprechenden Anwendung des § 367 auf die Kompensation das Wort „ablehnen" entsprechend und passend auszulegen. Hauptleistung, Zinsen und Kosten sind ein Post die gegen diese Post sich richtende einseitige Aufrechnungserklärung bewirkt, dass die unzulängliche Gegenforderung auf diese Post verrechnet werden muss. Fügt der Schuldner seiner Aufrechnungserklärung weiter nichts hinzu, so geschieht die Verrechnung in der Reihen-

Obwohl die in Anm. 1 gegebenen Sätze Sontag's „sicher zu einem praktisch brauchbaren und der Billigkeit entsprechenden Resultate führen, können wir sie doch aus folgenden Gründen nicht unterschreiben.

I. Die Sätze beruhen auf einer Voraussetzung, deren Unmöglichkeit aus den Resultaten des vorigen Kapitels sich ergeben hat — sie beruhen auf der Möglichkeit einer Aufrechnungserklärung ohne Anrechnungsbestimmung. Infolgedessen wird dem Ablehnungsrechte hier nur eine Suspensions- und Mutationsfunktion angehängt, anstatt der wirklichen Auflösungsfunktion für das ganze Compensationsverhältnis, welche die Ablehnung im Gegensatze zum Widerspruche stets äussern muss.[1])

II. Gewiss ist es ja richtig, dass der Gesetzgeber bei der Ablehnungsbefugnis vielleicht lediglich daran gedacht hat, den Gläubiger ausdrücklich vor den Folgen des Annahmeverzuges zu schützen, wie auch Deichmann S. 589 hervorhebt, (Nolté S. 94) — aber es scheint mir doch sehr fraglich ob man, wolle man sich wirklich auf den unter I abgelehnten Standpunkt stellen,

---

folge des § 367 Abs. 1; beliebt der Schuldner eine abweichende Reihenfolge, etwa Verrechnung zuerst auf die Hauptleistung, so braucht sich der Gläubiger dies nicht gefallen zu lassen, er kann diese Art der Verrechnung ablehnen. Diese Ablehnung hat zur Folge, dass die Verrechnung nicht auf die Hauptforderung stattfindet. Die Forderung wird vielmehr, falls sie hierfür zureicht — auf Zinsen und Kosten verrechnet. Sollte die Gegenforderung nicht aus reichen, um beide zu tilgen, so gestaltet sich die Verrechnung folgendermassen:

„Die von dem Schuldner erklärte Bestimmung des modus (d. h. Verrechnung auf die Hauptforderung) ist durch die Ablehnung beseitigt. Seine wirksam bleibende Aufrechnungserklärung entbehrt nunmehr der Bestimmung des modus. Die Lage ist dieselbe, wie wenn die Aufrechnungserklärung von vornherein gegen eine nur aus Zinsen und Kosten bestehende Forderung ohne nähere Verrechnungsbestimmung abgegeben wäre. Der Schuldner könnte nun seiner ersten Anrechnungsbestimmung eine zweite folgen lassen. Entspricht diese dem Gesetze — § 367 — d. h. in unserem Falle: berücksichtigt sie zunächst die Kosten, oder unterwirft sich ihr — falls sie gegen die gesetzliche Reihenfolge zuerst Verrechnung auf die Zinsen verlangt — der Gegner, so wird der Parteiwillen wirksam. Ist aber der Gläubiger in letzterem Falle nicht einverstanden, sondern macht er von seinem Ablehnungsrechte Gebrauch, so ist die Folge, dass die Verrechnung auf die Zinsen nicht erfolgen darf. Dann bleibt nur noch eine Verrechnung möglich, d. i. die Verrechnung auf die Kosten, und die Aufrechnungserklärung äussert jetzt notwendiger Weise ihre Wirksamkeit auf diese. Es liegt hier genau so, wie wenn von vornherein überhaupt die Forderung des Schuldners bloss gegen eine Kostenforderung zur Kompensation gestanden hätte."

[1]) Dieser Meinung auch Planck B. G. B. Anm. 2 zu § 396. — Deichmann S. 589. — Goldschmidt S. 224 mit der Begründung, dass die Aufrechnung nach Abs. 2 § 396 einen Vertrag erfordere. Gegen Sontag auch Francke, Das Recht, Bd. 6, S. 318 — 1902. „Auch was aus eigener Kraft wirkt, wirkt nicht unter allen Umständen und insbesonders pflegt es auch nicht wider die Regel des Rechts und den Willen des Beteiligten zu wirken." — „Wenn der Ablehnende das Sontag'sche Ergebnis will, so braucht er nur mit der Ablehnung seinerseits die regelrechte Aufrechnung zu erklären. Dies wirkt dann nach § 387 „aus eigener Kraft" ganz sicher. Der Ablehnende kann aber immerhin dieses Ergebnis gar nicht wollen, z. B. weil er lieber eine andere Forderung oder gegen eine andere Schuld aufrechnen will." — Ferner Scherer III 183, I S. 84. Wie hier auch Ehrlicher S. 46 ff.

nunmehr dem strikten Wortlaute des Gesetzes gegenüber derartige Abweichungen, so verführerisch sie auch erscheinen mögen, durchgehen lassen kann.

Andererseits darf man auch nicht vergessen, dass durch diese Bestimmungen auf den aufrechnenden Schuldner ein sehr heilsamer Druck ausgeübt wird, der in seinen Folgen hinter einem directen Zwange wenig zurücksteht. Denn, wie schon oben gesagt, kann der Gläubiger die Leistung ablehnen, ohne in Annahmeverzug zu geraten, er kann nun selbst noch compensiren — das schliesst die Sontag'sche Lösung anscheinend aus — seinem Willen gemäss. Widerspricht der Schuldner seiner Anrechnungsbestimmung, so werden immerhin die Kosten und die Zinsen als die lästigeren, da sofortige alleinige Einklagung freisteht' der gesetzlichen Folge gemäss zuerst getilgt werden, cf. Schlichting S. 73. Ausserdem kann der Gläubiger aber auch klagen, und braucht keine exceptio compensationis factae zu fürchten, höchstens eine exceptio compensationis, und hier wiederum kann er, wenn der Beklagte auch jetzt noch nicht gemäss § 367 aufrechnen will, den Empfang dieser Erklärung rechtsgültig ablehnen, sodass er die Verurteilung des Beklagten auf Kosten, Zinsen, Hauptleistung herbeiführt. (Diese Ablehnung wäre keine replica compensationis, da sie keine compensatio zum Gegenstand hat.) Klagt hier aber nach der Ablehnung der Schuldner, so wendet der Gläubiger die exceptio compensationis ein, die Aufrechnung gilt ihr gemäss, wenn der Schuldner nicht widerspricht, zunächst auf Kosten und Zinsen erfolgt. Widerspricht der Schuldner (Kläger), so tritt widerum die gesetzliche Reihenfolge ein. Zudem wird der Kläger in beiden Fällen abgewiesen werden. Ferner sehr richtig Doesseler S. 31 ff. „Durch Hinzufügung des Abs. 2 ist zweifellos dem Schuldner die Möglichkeit gegeben, einen von Abs. 1 abweichenden Vorschlag zu machen und so durch Annahme

---

[1]) cf Schollmeyer S. 351 unter 4: „Wenigstens eine Forderung muss auf Hauptleistung, Zinsen und Kosten gerichtet sein und gerade eine solche Forderung oder mehrere von ihnen müssen für die Aufrechnung in Betracht kommen. Ob nur eine oder mehrere von ihnen in Betracht kommen, das richtet sich nach der Höhe des Betrages der Forderung, mit welcher aufgerechnet werden soll. Im Übrigen aber kommen Forderungen, welche auf Hauptleistung, Zinsen und Kosten gerichtet sind, an Stelle von solchen Forderungen, welche nicht auf Zinsen oder Kosten sich erstrecken, in Betracht, wenn entweder der Kompensant sie zur Aufrechnung bestimmte, ohne Widerspruch zu erfahren oder wenn er zwar eine andere Forderung bestimmte, aber auf Grund des Widerspruchs des Kompensaten gemäss Abs. 1 S. 2 die auf Hauptleistung, Zinsen und Kosten gerichtete Forderung zur Aufrechnung dient oder endlich, wenn der Kompensant die Aufrechnung ohne nähere Bestimmung erklärte und nun gemäss Abs. 1 S. 2 die Aufrechnung gegen die auf Hauptleistung, Zinsen und Kosten gerichtete Forderung sich vollzieht (nach hier vertretener Ansicht unmöglicher Fall). — Uebrigens kommt § 367 auch dann zu entsprechender Anwendung, wenn dem Kompensaten überhaupt nur eine Forderung gegen den Kompensanten zusteht, diese aber auf Hauptleistung, Zinsen und Kosten gerichtet ist.

„Die Forderung, mit welcher aufgerechnet werden soll, darf zur Deckung der gesamten auf Hauptleistung, Zinsen und Kosten gerichteten nach lit. b (cf. oben) in Betracht kommenden Forderung nicht ausreichen."

dieses Vorschlages einen Vertrag betr. die Erfüllung herbeizuführen und das auch bei stillschweigendem Verhalten des Gläubigers. Bei D. weitere Litteratur betr. Erfüllung und seine Gründe S. 34.

Demgegenüber scheint es mir richtiger, hier lieber eine bedauerliche Inconsequenz des Gesetzes offen zuzugeben, als sich einen Ausweg zu suchen, der nicht auf dem Gesetze fusst; denn das Gesetz bestimmt, dass die Annahme der Leistung abgelehnt werden kann; es bestimmt nicht, dass die Art der Verrechnung abgelehnt werden kann.

Die Ausführungen Schollmeyers, soweit sie in Anm. 1 wiedergegeben sind, werden hier voll und ganz gebilligt.[1])

Den in Anm. 1 gegebenen Ausführungen Schollmeyers ist folgendes hinzuzufügen:

Der Ausdruck: widerspricht, überhaupt alles, was an das Widerspruchsrecht des Gläubigers gemäss Abs. 1 erinnert, muss in unserem Falle sorgfältig vermieden werden. Der Widerspruch hat rechtliche Folgen, die Ablehnung gerade nicht. Auch Planck spricht hier davon, dass der Gläubiger widersprechen kann,[2]) setzt allerdings gleich, wie auch teilweise Schollmeyer oben, hinzu, dass dieser Widerspruch keine kraft Gesetzes erfolgende Aufrechnung nach sich zieht. Immerhin ist es besser, hier stets den Ausdruck des Gesetzes: Ablehnung beizubehalten. Nun aber: wie vollzieht sich die Tilgung durch Aufrechnung, wenn mehrere Forderungen mit Zinsen und Kosten behaftet sind, wenn der Schuldner derselben aufrechnet? Ob die Forderungen auf Kosten und Zinsen selbständiger Natur sind, kommt hier dem Wortlaute des Gesetzes gegenüber nicht in Betracht. Aus diesem Wortlaute des Gesetzes ergiebt sich nun weiter, dass mit Kosten und Zinsen nur immer die der einzelnen in Betracht kommenden Hauptforderung gemeint sind, dass demnach das Aufrechnungsschema sich ergiebt:

Kosten, Zinsen, Hauptforderung, Kosten, Zinsen | Hauptforderung etc. etc.

sodass, wie im obigen Schema durch senkrechten Strich angedeutet, eventuell z. B. eine Hauptforderung restirt, ebenso alles natür-

[1]) „Liegen diese Voraussetzungen vor, so vollzieht sich die Tilgung der Forderung des Kompensaten in der Reihenfolge dass die Forderung des Kompensaten zunächst gegen die Kosten, dann gegen die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung aufgerechnet ist. Hat andererseits der Kompensant bei Frklärung der Aufrechnung gegen eine auf Hauptleistung, Zinsen und Kosten gerichtete Forderung die weitere Erklärung hinzugefügt, dass er zunächst gegen die Zinsen anstatt gegen die Kosten, oder zunächst gegen die Hauptleistung anstatt gegen Zinsen und Kosten aufrechne, so ist dies massgebend, falls der Kompensat nicht — unverzüglich, wie man gemäss Abs. 1 S. 2 wohl wird annehmen müssen — widerspricht. Erfolgt aber rechtzeitig Widerspruch, so ist, entsprechend der Ablehnungsbefugnis in § 367 Abs. 2 überhaupt nicht aufgerechnet (das ist die auch hier vertretene Ansicht, die aber mit dem oben getadelten dritten Falle in krassem Widerspruche steht), und es greift nicht etwa die gesetzliche Reihenfolge der Aufrechnung — Kosten, Zinsen, Hauptleistung — Platz. Die Wirkung der Auflassung (? Aufrechnung) ist also auch hier bis zu erfolgtem Widerspruche in der Schwebe."

[2]) Planck Anm. 2 zu § 396, S. 265.

lich, was noch hinter ihr steht Nur wenn der Schuldner nicht solchermassen aufrechnen will, kann der Gläubigrr ablehnen.

Will der Gläubiger dagegen eine andere Aufrechnung haben nach dem Schema:

Kosten, Kosten . . . . Zinsen, Zinsen . . . . Hauptleistung, Hauptleistung . . . .

so muss er meiner Ansicht nach gemäss § 396 I von seinem Widerspruchsrechte Gebrauch machen. Das Widerspruchsrecht kann ihm nach dem Texte § 367 Abs. 2 niemals genommen werden („kann"). Es liegt daher keine protestatio facto contraria vor, wie Oertmann S. 101 annimmt.

Er wird hierdurch erlangen, dass in der gesetzlichen Skala sämtliche Kosten und Zinsen, die er zu fordern hat, sei es auch aus noch wieder anderen Forderungen, als die dem Schuldner lästigeren (Begründung bereits oben) als getilgt anzusehen sind, wenn nicht die Plätze oberhalb dieser Stufe der Skala bereits zur Anfrechnung genügend besetzt sind, was wohl nur in ganz abnormen Fällen vorkommen dürfte.

Deswegen wird es dem Gläubiger mehrerer mit Kosten und Zinsen behafteter Forderungen zu empfehlen sein, nicht abzulehnen sondern zu widersprechen.

Wie liegt nun die Sache, wenn der Gläubiger mehrerer mit Zinsen und Kosten behafteter Forderungen der Compensant ist?

Das Gesetz regelt diesen Fall überhaupt nicht. Daher kommt hier, und allein hier, der Unterschied, ob Hauptleistung, Zinsen und Kosten selbständig sind oder nicht, in Betracht.

Zunächst sei hier, früheren Resultaten gemäss, wiederholt, dass das Widerspruchsrecht des Schuldners sich nur bezieht auf seine eigenen Gegenforderungen, dass er durch dasselbe keine anderen Forderungen des Gläubigers heranziehen kann, als diejenigen, welche dieser selbst in compensationem gebracht hat.

Bringt nun der Gläubiger seinem Rechte gemäss in compensationem:

Kosten, Kosten . . . . Zinsen, Zinsen . . . . etc.

so ist dagegen der Schuldner machtlos, ein Widerspruch würde ja nur wirken können bezüglich auf seiner Seite stehender zur Aufrechnung bestimmter oder nicht bestimmter Forderungen.

Eine derartige Aufrechnungserklärung des Gläubigers bezüglich seiner Forderungen aber ist wiederum auch dann statthaft, wenn Kosten und Zinsen nicht selbständige Ansprüche sind, denn:

Wenn der Gläubiger aufrechnet, und Kosten, Zinsen und Forderung zusammen jeweilig eine Leistung bilden, so liegt die Sache folgendermassen:

Es wäre billig, dass der Gläubiger hier auf seiner Seite aufrechnete:

erste Hauptforderung mit Kosten und Zinsen, |, zweite Hauptforderung mit Kosten und Zinsen . . . . etc. etc.

Tut er dies aber nicht, sondern rechnet auf:

Kosten, Kosten . . . . Zinsen, Zinsen . . . . 1) Hauptleistung 2) Hauptl. etc.

so hat der Schuldner wiederum kein Widerspruchsrecht, der Gläubiger kann immer und überall in compensationem bringen, was er will, denn der Schuldner ist mehrfacher Schuldner. Ausserdem würde es ihm auch wenig nützlich sein, wenn er bewirken könnte, dass nach den Kosten und Zinsen der ersten Hauptforderung zunächst diese, dann erst, soweit es reicht, wieder Kosten, Zinsen etc. getilgt würden, denn der Gläubiger hat das Recht, wenn auch Kosten, Zinsen und Hauptforderung nur einen Anspruch bilden, die etwa ausgeschlossenen Kosten und Zinsen zunächst selbständig einzuklagen.

Hier ist nun stillschweigend vorausgesetzt, dass der Gläubiger auch nur einer auf Kosten, Zinsen, Hauptleistung gerichteten Forderung, der aufrechnet, zunächst auf Kosten, dann auf Zinsen, dann auf Hauptleistung verrechnen kann, wenn die Gegenforderung nicht ausreicht, dies auch, wenn Kosten und Zinsen unselbständig sind. Das ist jedoch selbstverständlich, ein Widerspruchsrecht hat der Schuldner ja in diesem Falle nicht.

Zustimmend hierfür Schollmeyer I, Seite 352. — Ganz complicirt scheint die Sache zu werden, wenn etwa nur eines von beiden, Zinsen oder Kosten selbständiger Natur ist, das andere aber mit der Hauptleistung zusammen einen Anspruch bildet. Wir wollen sehen, ob auch in diesem Falle jener erwähnte Unterschied wie oben praktisch bedeutungslos bleibt. Anderungen können hier nur entstehen für den Fall, dass der Gläubiger aufrechnet, denn auf der Seite des aufrechnenden Schuldners wird, wie wir gesehen haben, immer nach der Skala: Kosten, Zinsen, Hauptleistung verfahren In diesem Falle kommt einmal die praktische Bedeutung dieser für den aufrechnenden (mehrfachen) Schuldner stets zwingenden Reihenfolge zu Tage, die keine Rücksicht nimmt auf den Unterschied zwischen selbständig und unselbständig. Wäre dieser Unterschied auch hier und der Schuldner rechnete etwa auf:

Hauptleistung, Zinsen (diese zusammengehörig) dann Kosten (selbständig) . . .

so könnte der Gläubiger nicht deswegen ablehnen, weil die Kosten zuletzt getilgt werden sollten, wohl aber widersprechen; weil nun jedoch die Zinsen erst an zweiter Stelle stehen, könnte er deswegen ablehnen.

Rechnet nun in genanntem Falle der Gläubiger auf:

Zinsen, Hauptleistung (zusammengehörig) dann Kosten (selbständig) . . .

so hat der (mehrfache) Schuldner wiederum weder wegen des einen ein Ablehnungs, noch wegen des anderen ein Widerspruchsrecht — und darin kann allerdings eine Benachteiligung des Schuldners liegen, weil die Kosten (cf. oben) als die lästigere Schuld anzusehen sind.

Vertritt man dagegen die Meinung, dass der Schuldner auch andere als die von dem Gläubiger in compensationem gebrachten Forderungen in das vorliegende Compensationsverhältnis hineinziehen kann, so wird man natürlich zu entsprechend anderen

Resultaten kommen. So wäre z. B. dann im letzteren Falle dem Schuldner ein Widerspruchsrecht zu geben, nach welchem er kraft der gesetzlichen Skala die Vorwegaufrechnung der Kosten verlangen könnte.

Zum Schlusse sei noch darauf hingewiesen, dass die Bestimmung des einen Teiles selbstredend massgebend ist, wenn der andere Teil die Leistung annimmt. Hat in diesem Falle der aufrechnende Teil über die Gegenforderungen (über seine eigenen muss er ja, wie wir gesehen haben, jedenfalls bestimmen) keine Bestimmung getroffen, so findet § 396 Abs. 1 mit § 366 Abs. 2 Anwendung, aber nicht § 367, was allerdings in praxi wohl auf dasselbe hinauslaufen dürfte.[1])

---

10. Kapitel.

§ 21.

Aufrechnung und Zahlung (Erfüllung).

I. Hertzberg a. a. O. S. 43 sagt:

„Es leuchtet ein, dass durch das Widerspruchsrecht, welches gleichwohl in das Gesetzbuch Eingang gefunden hat und durch die analoge Anwendung der Zahlungsimputation Härten erwachsen können. So vorzüglich die Grundsätze der letzteren zur ergänzenden Auslegung brauchbar sind, so wenig eignen sie sich zur zwingenden Richtschnur. Warum will man einen Gläubiger durchaus nötigen, sich für die weniger sichere Forderung compensando zu befriedigen, wenn er lieber die sichere aufrechnen und die andere einklagen will, oder statt der jüngeren die ältere Forderung zur Aufrechnung zu bringen, wenn ihm mehr daran liegt für die letztere Barzahlung zu erhalten. Der Fall ist immerhin denkbar, wenn auch vielleicht selten, dass A aus irgend einem Interesse seine weniger sichere Forderung einklagt, der Beklagte B Aufrechnung verlangt. A hiergegen unverzüglich widerspricht, und seine mehr gesicherte Forderung zur Aufrechnung mit B's Gegenforderung stellt. Nach der Gesetzesvorschrift würde die eingeklagte Forderung als diejenige, welche A geringere Sicherheit bietet, zu verrechnen sein, A also den Process verlieren, und die Kosten zu tragen haben. Wäre es nicht richtiger gewesen, den Grundsatz des unbeschränkten Wahlrechtes des Aufrechnenden durch keinerlei Ausnahmebestimmung zu unterbrechen und hierbei den Gläubiger mehrerer Forderungen durch die Annahme einer eventuell stillschweigend erklärten Kompensation gegen einen böswilligen Schuldner zu schützen?“

[1]) Aus der bisher seltenen Praxis vergl. zu diesem Kapitel O. L. G. Hamburg, Seufferts Archiv 60, 3, 120. (Naumann IV S. 134.) „Der Kläger hat das Recht, die ohne die Kosten angebotene Summe des vollstreckbaren Titels abzulehnen.“ —

Diese Herzberg'schen Ausführungen enthalten manches richtige; die von ihm gewünschte Auflösung aber ist verfehlt. Für die Annahme einer stillschweigend abgegebenen Willenserklärung müssten dann Anhaltspunkte oder den Richter bestimmende Mutmassungen vorliegen, die gerade, wenn das Gesetz keinerlei Richtschnur gäbe, bei Abwägung des für und gegen dahin führen würden, eine Aufrechnung dann eben nach der Skala des § 366 B. G. B. als geschehen anzunehmen; denn diese Skala ist entstanden aus Abwägungen des mutmasslichen Parteiwillens.

II. Aus Neumann III 1:

Nach R. G J. W 04. 53 braucht der Schuldner die im § 366 erwähnte Bestimmung keineswegs ausdrücklich zu treffen; es genügt auch eine stillschweigende Willenserklärung. (Fischer Heule § 366 Anm. 1.) Dies muss auch für die Aufrechnung gelten, insofern als dann, wenn der Schuldner auf die Androhung der Zwangsvollstreckung eine die vollstreckbare Forderung übersteigende Forderung seinerseits in compensationem stellt, während er z. B. wegen anderer gleichfalls fälliger Forderungen desselben Gläubigers noch nicht einmal gemahnt worden ist, so wird in der ohne Anrechnungsbestimmung erklärten Aufrechnung der Wille des Schuldners zunächst gegen die vollstreckbare Forderung aufzurechnen, „in der Regel einen so bestimmten Ausdruck finden," dass auch der Gläubiger darüber nicht im Zweifel sein kann. Dann steht jedoch natürlich dem vollstreckenden Gläubiger hiergegen noch sein Rechst des Widerspruches aus § 396 zu, von dem er etwa Gebrauch machen wird, falls er noch eine andere, etwa verjährte Forderung gegen den Schuldner hat. Da nun aber ebenso wie die Bestimmung aus § 366 (Planck zu § 366) auch die aus § 396 zu den empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften gehört, so ist erforderlich, dass (O. L. G. Colmar 8, 45, Neumann a. a. O. III. 1, S. 176) die Umstände einen zuverlässigen Schluss darauf gestatten, dass der Schuldner mit seiner ohne Anrechnungsbestimmung abgegebenen Aufrechnungserklärung nun gerade diese und nicht eine andere Schuld kompensieren wollte, und dass die Umstände dieses dem Gläubiger erkennbar machen müssen. Ein rein innerlich gebliebener Wille des Schuldners ist bedeutungslos — ein Fall, der allerdings wohl sehr selten in die Erscheinung treten wird. Ebenso O. L. G. Stuttgart R. 04 334. Vergl. bei Neumann a. a. O. Hier handelt es sich jedoch dann nicht um eine Aufrechnungserklärung ohne Anrechnungsbestimmung, sondern gerade um eine solche mit Anrechnungsbestimmung.[1])

III. O. L. G. Marienwerder R. 04, 552: Hat der Gläubiger an den Schuldner eine Forderung aus dem Kaufpreis für Waren und eine Forderung aus einem Wechsel und reicht das von dem Schuldner ohne nähere Bestimmung gezahlte zur Befriedigung

[1]) Darüber, dass hier allgemein von einer stillschweigend abgegebenen Willenserklärung die Rede sein kann, vergl. die richtigen Ausführungen Hertzbergs a. a. O. S. 42.

des Gläubigers wegen beider Forderungen nicht aus, so kann, wenn beide Forderungen fällig sind, der Gläubiger den gezahlten Betrag zunächst auf seine Kaufpreisforderung verrechnen. Die Schuld aus einem zivilrechtlichen Schuldverhältnisse bietet geringere Sicherheit als die Schuld aus einem Wechsel.

Dem ist zuzustimmen, wegen des grösseren Schutzes, den das Gesetz der Wechselforderung sichert.

Rechnet im vorliegenden Falle der Schuldner ohne Anrechnungsbestimmung auf, so kann bei Fälligkeit beider Forderungen der Gläubiger verrechnen, zunächst aus obigem Grunde auf seine civilrechtliche Forderung aber nicht etwa aus eigenem Rechte, sondern weil die Skala der §§ 396, 366 B. G. B. der civilrechtliche Forderung die erste Stelle sichert. Eventuell würde hierüber natürlich das Gericht zu entscheiden haben (etwa Klage auf Feststellung, dass der civilrechtliche Anspruch getilgt sei). Lag es in diesem Falle im Interesse des Schuldners, anders aufzurechnen, so hätte er bestimmen müssen. Bei einem Widerspruche des Gläubigers würde dann allerdings doch die zivilrechtliche Forderung als minder sichere vor der Wechselforderung getilgt sein.

IV. Bayr. O. L. G. R. 04, 445 (Neumann a. a. O.). Giebt ein Kreditverein einem Darlehnssucher statt Bargeld Kassascheine zu dem Zwecke, dass der Empfänger sich darauf Geld verschafft, und nimmt dieser das in der Ausstellung der Kassascheine gelegene selbständige Schuldversprechen an Zahlungstatt an, so entsteht dadurch die Darlehnsschuld des Geldbedürftigen und die Verpflichtung des Vereins zur Einlösung der Kassascheine am Fälligkeitstermine. Der Darleiher kann, wenn die Kassascheine zur Verfallzeit nicht eingelöst werden, seine Forderung aus diesen gegen die Darlehnsforderung aufrechnen. Will der Verein von dem Widerspruchsrechte aus § 366 Abs. 2 B. G. B. Gebrauch machen, so muss er den Widerspruch gegen die von dem Aufrechnenden getroffene Bestimmung der durch Aufrechnung zu tilgenden Forderung zu richten."

§ 366 Abs. — ist natürlich Druckfehler, muss heissen § 396 Abs. 1 Satz 2.

Vorausgesetzt, dass der Verein also gegen den Schuldner noch eine weitere, ebenfalls fällige Forderung hat, würde er durch Widerspruch erreichen, dass die eventuell weniger sichere Forderung gegen die Kassascheinforderung des Schuldners aufgerechnet wäre. Nun ist aber zweifellos die Kassascheinforderung mit der Darlehnsforderung konnex. An sich haben also beide Parteien eventuell eine Einrede des Zurückbehaltungsrechtes. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht, kann daher an sich keiner seine Forderung in compensationem stellen, ohne Gefahr zu laufen, dass der Gegner sie durch Berufung auf §§ 390, 273 B. G. B. entkräftet. Schliesst hier nun der vom Kreditverein ausgeübte Widerspruch den Dahrlehnsschuldner mit der Einrede aus, §§ 390, 273 absolut aus, oder wird selbst die durch den Widerspruch eigentlich ipsso iure (kraft Gesetzes) geschehene Auf-

rechnung hinfällig? Das erstere ist anzunehmen aus folgenden Gründen (freilich bedenklich; ein Grund mehr dafür, dass die Einrede aus § 273 für § 396 überhaupt hätte ausgeschlossen werden müssen):

1. Das Wesen des Widerspruches liegt darin, dass er die Aufrechnung in bestimmte Bahnen zwingt, er ist bestimmend und selbständig wirkend. Eben nur, weil er so zwingt, giebt er eine die Interessen beider Teile berücksichtigende Skala. Was in dieser an etwaigen Interessen nicht berücksichtigt ist, scheidet unerbittlich aus. Einrede und ihre Wirkung muss vor dem Widerspruche erblassen (selbstverständlich vorausgesetzt, dass die Forderung, gegen welche die Einrede sich richtet, überhaupt besteht). Die Skala resultiert sich eben aus der Berücksichtigung von Einreden; (Einrede der Stundung: zunächst die fällige etc.)

2. Nach dem Wortlaute kann eine Forderung, die mit einer Einrede behaftet ist, nicht aufgerechnet werden; d. h. die Parteien können sie nicht in compensationem stellen. (Der Darlehnsschuldner hätte also in diesem Falle nicht seine Kassascheinforderung gegen eine andere Forderung des Vereins in compensationem stellen können. Der Widersprechende hat hier aber gar keine Aufrechnung vollzogen, sondern höchstens das Gesetz, das in diesem Falle die Spezialbestimmung enthält, welche die Wirkung von § 390 entkräftet. Durch den Widerspruch kann also der Skala gemäss erzwungen werden, dass eventuell auch eine einredebehaftete Forderung trotzdem gegen eine andere Forderung aufgerechnet wird, kraft Gesetzes.

Fasst man nun auch den Widerspruch mit seiner durch das Gesetz festgelegten Wirkung als eine selbstständige Aufrechnung auf, so kommt man zu demselben Schlusse, da man nach den hier vertretenen Ansichten gegen eine einredebehaftete Forderung stets aufrechnen kann. cf. Weigelin a. a. O., S. 63.

V. K. G. R. 04. 47. Nr. 196. „Zahlungen die nach dem Inkrafttreten des B. G. B. aus einem vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Rechtsverhältnisse geleistet worden sind, sind in analoger Anwendung des § 366 B. G. B. in dem Falle, dass die Verpflichtung des Schuldners aus einem Schuldverhältnisse herrührt, auf diejenigen Raten zu verrechnen, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bieten, d. h. die am ehesten verjährenden älteren Raten."

Hätte in diesem Falle der Schuldner Gelegenheit zur Aufrechnung, so würde man für die Aufrechnung zu demselben Resultate kommen.

VI. O. L. G. Hamburg. Hans. Ger. Ztg. 04, Beibl. 115. Ist eine Hypothek zur Sicherheit nur für das Kapital, nicht aber für Zinsen und Kosten einer Forderung bestellt, so kann der Schuldner die Löschung verlangen, sobald das Kapital angeboten wird. Der Hypothekengläubiger kann nicht verlangen, dass das Angebotene zunächst auf Zinsen und Kosten verrechnet werde." Gilt ebenfalls analog für die Aufrechnung.

VII. Neumann a. a. O., I. 1. zu § 366, S. 269; In Nien-

dorffs Mietrecht 2, 136 wird darauf hingewiesen, dass der § 366 nicht, wie das bisherige Recht von mehreren Schuldposten, sondern von Leistungen aus mehreren Schuldverhältnissen spricht. Der Mieter, der mit mehreren Mietsraten im Rückstande ist, verschuldet aber Leistungen aus demselben Schuldverhältnisse und kann deshalb, wenn er eine den Rückstand nicht deckende Zahlung leistet, nicht gemäss § 366 die Mietsrate bestimmen, welche er durch die Zahlung tilgen will. Vielmehr liegt eine Teilzahlung vor und der Vermieter kann bestimmen, ob und auf welche Schuld er sie annehmen will."

Dazu ist für die Aufrechnung zu bemerken: Der § 396 B. G. B. setzt zwar seinem Wortlaute nach eine Schuldnerschaft aus mehreren „Schuldverhältnissen" nicht voraus; man wird aber auch „unter mehreren zur Aufrechnung geeigneten Forderungen" nur solche aus mehreren Schuldverhältnissen verstehen können, da schon das Wort mehrere eine gewisse Unabhängigkeit der einzelnen Forderungen von einander voraussetzt.[1]) In vorliegenden Falle handelt es sich danach auch für die Aufrechnung um Teilforderungen, bei deren Aufrechnung der Gläubiger wie bei der Erfüllung verfahren kann. Klagt hier der Gläubiger ein, und der Schuldner rechnet auf, so ist die Sachlage die im Kapitel 11 behandelte.

VIII. O. L. G. Celle, R. 6. 325. Nr. 1597. „Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm nach dem 1. 1. 1900 Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so ist die Frage der Umrechnung nach dem B. G. B. zu entscheiden." Entsprechend für die Aufrechnung. Vergl. dazu auch R. G. 55. 411. J. W. 03. Beil. 140. (Beweispflichtig für die Mehrheit der Forderungen der Kläger.)

---

11. Kapitel.

§ 22.

Die Stellung Dritter bei der Aufrechnung nach § 396 B. G. B.

Jene schon im Kapitel 4 berührte Frage muss auch hier kurz Erwähnung finden (cf. dazu Breit S. 137 ff) „ob der Gegner unbedingt zur Zeit der Aufrechnung noch mehrfacher Gläubiger sein muss, oder ob es genügt, wenn er es ursprünglich war, später aber eine Abtretung der einen oder anderen Forderung von seiner Person durch Cession oder Pfändung erfolgt ist Hier muss man sich völlig der Breitschen Entscheidung anschliessen, die er S. 138 folgendermassen auseinandersetzt:[2])

[1]) Vergl. z. B. R. G. 57, 99. J. W. 04. 173.
[2]) Vergl. auch Ehrlicher, S. 33, 34.

„Ebenso wie der Schuldner durch die Übertragung der Forderung nicht das bereits begründete Recht zur Aufrechnung verliert, geht auch andererseits mit der Abtretung oder Pfändung der Forderung des Recht der Abwendung der Kompensation als Annex der Forderung mit auf den neuen Gläubiger über."

Eigentümlich ist auch jener Fall, den Breit S. 138 unter 2. erwähnt.

„A ist Gläubiger des B (Forderung x) und des C (Forderung y). C. hat seinerseits die Gegenforderung z gegen A. Wegen der Forderung x betreibt A die Zwangsvollstreckung und C läuft dadurch Gefahr, ein Recht an dem in Anspruch genommenen Gegenstande zu verlieren. Gemäss § 268 ist er zur Befriedigung des A berechtigt, und zwar kann die Befriedigung auch durch Aufrechnung erfolgen. § 268 Abs. 2. Rechnet jetzt C mit z gegen x auf, so ist A zum Widerspruche befugt, sobald y für ihn weniger sicher ist als x."

Auch dieses ist zuzugeben, ja der Gläubiger würde in diesem Falle sogar ablehnen können.

Ebenso[1]) ist das von Breit unter 3. gesagte richtig, da der Bürge eine Befriedigung durch Aufrechnung nur dann verlangen kann, wenn der Gläubiger diese Aufrechnung als vom Hauptschuldner geschehen ohne Widerspruchsrecht annehmen müsste, woraus folgt, dass der § 396 auch einen Einfluss auf § 770, Abs. 2, B. G. B., äussert. Breit S. 139: „Das Recht zur Erfüllungsverweigerung cessirt, wenn dem Gläubiger mehrere Forderungen gegen den Hauptschuldner zustehen, die Bürgschaftsforderung aber nicht die nach § 366 primär befriedigungsbedürftige ist."

Vergl. dazu auch die treffenden Ausführungen von Doesseler a. a. O., S. 56 f. Zugegeben, auch dass der Gesetzestext nicht für diese Ansicht spricht. „Man wird" — so auch Breit — „dem Aufrechnungsgegner das Recht des Widerspruches auch dann zubilligen müssen, wenn ihm die mehreren Forderungen zwar nicht sämtlich gegen den Aufrechnenden zustehen, dieser aber kraft positiver Vorschrift — so § 268 — zur Aufrechnung gegen eine Forderung befugt ist, die der Aufrechnungsgegner gegen einen dritten hat und er nunmehr gegen diese Forderung aufrechnet." A. M. Lang, S. 53, mit der Begründung, dass auf der Seite des Dritten nicht mehrere Forderungen stehen.

---

1) Neuerdings geht die Meinung freilich dahin, jedem Dritten die Fähigkeit zur Aufrechnung abzusprechen. Vergl. Zusammenstellung bei Lang a. a. O. S. 17 ff. auch R. G. 59, 207 ff, wonach der Bürge nicht mit einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen kann. Nach B. G. B. soll dies dadurch ausgeschlossen sein, dass nach § 388 die Aufrechnung gegenüber dem anderen Teile erfolgt und dass hierunter nur eine Erklärung des Schuldners selbst verstanden sein könne, weil im § 387 nur gesagt sei, dass jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen könne, während sich eine besondere Bestimmung wonach der Bürge auch eine Gegenforderung des Hauptschuldners zur Aufrechnung bringen könne, im B. G. B. nicht finde. (Neumann a. a. O. IV, S. 138.)

§ 23.

Aufrechnung und Teilforderung nach § 396 B. G. B.

Auch für das bürgerliche Gesetzbuch wird daran festgehalten, dass in einer eingeklagten Teilforderung eine selbständige Forderung zu sehen ist. cf. Kap. IV.[1]) So kann denn der Beklagte eine exceptio compensationis mit Wirkung geltend machen, des Klägers replicatio compensationis factae wäre wirkungslos.[2]) Hier ist aber nicht einzusehen, warum — so Breit — nur eine processuale Isoliertheit der betr. Teilforderung vorliegen soll, keine materielle. Es scheint mir sehr fraglich, ob man einer lediglich processualen Isoliertheit halber derartig schwerwiegende materiell rechtliche Folgen wird zugeben können.

---

[1]) Vergl. besonders die zutreffenden Ausführungen des Urteiles R. G. 66, 266 abgedruckt in J. W. 07, S. 172 ff. O. J. Z. 07, S. 427. Daselbst ausführliche Begründung der Verselbständigung der geteilten Forderung. cf. Neumann Bd. V, S. 159.

[2]) A. M. Bendix S. 366. Weigelin a. a. O. S. 141 ff. R. G. 57, 99. — J. W. 04, 173 unter der sehr schwachen Annahme, dass der Kläger durch die Art der Klagestellung der Aufrechnung des Beklagten zuvorgekommen ist, indem er selbst mit dem nicht eingeklagten Teile seiner Forderung gegen die Gegenforderung des Beklagten aufgerechnet hat. Wie hier: O. L. G. Marienwerder in Posener Monatsschrift 04, 50. — Scherer, Schuldverh. § 396 Anm. 4. — Vergl. Ehrlicher S. 49/50 (dort weitere Nachweise Litteratur und Rechtsprechung). — Auch Ehrlicher spielt auf die processuale Isolirtheit der Forderung an. cf. auch Nolte S. 91, der die Teilung leugnet, trotzdem aber die exceptio compensationis dem Schuldner giebt.

Druck von G. Rauschenplat & Sohn, Cuxhaven